Rechtsvergle... Studien über islamitisches Recht

Josef Kohler



Rechtsvergleichende Studien

über

islamitisches Recht, das Recht der Berbern, das chinesische Recht und das Recht auf Ceylon.

Von

Dr. J. Kohler,

Professor an der Universität Berlin,
auswärtigem Mitgliede des Instituts voor de Taal-Land en Volkenkunde van Nederlandsch Indie in Haag, correspondirendem Delegirten der Société Académique Indo-Chinoise zu Paris, correspondirendem Mitgliede der Société de Législation comparée zu Paris.



Berlin.

Carl Heymanns Verlag.

1889.

Verlags-Archiv 1474.

Rechtsvergleichende Studien

über

islamitisches Recht, das Recht der Berbern, das chinesische Recht und das Recht auf Ceylon.

Von

Dr. J. Kohler,
Professor an der Universität Berlin,
auswärtigem Mitgliede des Instituts voor de Taal-Land en Volkenkunde van Nederlandsch Indie in Haag, correspondirendem Delegirten der Société Académique Indo-Chinoise zu Paris, correspondirendem Mitgliede der Société de Législation comparée zu Paris.



Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1889.

Verlags-Archiv 1474.

Vorwort.

Die vorliegenden rechtsvergleichenden Studien sollen weitere Beiträge liefern zur detaillirten Schilderung und zur juristischen Durchdringung des Rechts der Völker. Benutzen wir das vorliegende reiche Material; es ist unermesslich, und noch wird es sich täglich mehren; überall spricht die Geschichte des Rechts mit neuen Zungen, überall enthüllen sich neue Emanationen des menschlichen Geistes in seiner historischen Entwicklung.

Dass ich bemüht war, wo möglich ein reiches Material zu sammeln und dieses Material juristisch zu bearbeiten, mögen die folgenden Seiten selbst beweisen. Die Bearbeitung soll von sich aus zeigen, wie sehr die Geschichte des Rechts der Völker eine Disziplin der Jurisprudenz ist.

Freuen wir uns über die Weite und Tiefe der Gebiete, welche der Jurisprudenz offen stehen, unsere Disziplin gewinnt einen Umfang und eine Bedeutung für die Wissenschaft des Menschen und der Menschengeschichte, wie sie frühere Tage kaum geahnt hatten.

Berlin, 1889.

Kohler.

Inhaltsverzeichniss.

Rechtsvergleichende Studien.

A.

Ueber Islamitisches Recht.

Einleitung.

Die nachstehenden Ausführungen über das islamitische Recht sind die Frucht vieler Studien, theils der übersetzten Quellen des Rechts, theils der englischen, französischen und holländischen Vorarbeiten. Ich suchte die Hülfsmittel zu vereinigen, um durch die gegenseitige Kontrole möglichst Ungenauigkeiten auszumerzen und dadurch nicht nur ein eingehendes, sondern auch ein möglichst ungetrübtes Bild des Islamrechts zu gewinnen. Die Zweifel, welche sich auf die Qualität der Uebersetzungen beziehen, haben keine Bedeutung mehr, wenn Uebersetzungen von den verschiedensten Seiten her vorliegen, welche eine gegenseitige Vergleichung gestatten, und ausserdem so vortreffliche Vorarbeiten, wie z. B. von Sautayra, van den Berg oder von Syed Ameer Ali.

Die Darstellung des Rechts geht von der Gestaltung aus, welche die islamitische Jurisprudenz in jener Zeit gewonnen hat, als nach Jahrhunderte langem Sinnen und Grübeln die Rechtsbücher entstanden sind, welche gegenwärtig für die Jurisprudenz der islamitischen Länder als maassgebend gelten. Ist einmal diese Darstellung gegeben, dann ist es Sache der Detailstudien, rückwärts zu gehen bis zu den Quellen des Islam und zu verfolgen, wie im Laufe der Zeit aus dünnen Anfängen dieses gewaltige System der Jurisprudenz geworden ist. Dann wird es an der Zeit sein, die einzelnen Rechtslehren zu verfolgen und auf diese Weise eine neue Seite in der Entwickelung der Rechtskultur zu entrollen. Nothwendige Vorarbeit ist die juristische Durchdringung des gewordenen Rechts. Das

werdende Recht wird den künftigen Forschern noch die reichste Ausbeute liefern.

Berücksichtigt ist im Folgenden die Schiitische, wie die Sunnitische Jurisprudenz, und bezüglich der letzteren die Rechtsschule der Hanefiten, der Schafiiten und der Malekiten. Die benützten Quellenwerke sind folgende:

1. Bezüglich der Hanefiten:

a) Hidaya nach der Uebersetzung von Hamilton, Second Edition by Grady 1870.

b) Fatawa Alamgiri (in Indien auf Befehl Aurengzeb's zusammengestellt) in der Uebersetzung von Baillie, *Digest of Moohummudan Law*, t. I (London 1869) — mit Baillie I citirt.

2. Bezüglich der Schafiiten:

a) Abu Chodja, nach der Uebersetzung von Keijzer: *Précis de la jurisprudence Musulmane*, Leiden 1859.

b) Firuzabadi, nach der Uebersetzung von Keijzer in *Handboek voor het Mohammedaansch Regt*, 's Gravenhage 1853.

c) Minhadj Attalibin, nach der Uebersetzung von van den Berg: Minhadj Attalibin, *le guide des zélés croyants*, Batavia 1882 f.

d) Tuhfa, theils wiedergegeben von Keijzer, *het Mohammedaansch Strafregt* ('s Gravenhage 1857) p. 76f., theils von Blaauw in den *Bijdragen tot de Taal-Land-en Volkenkunde van Nederlandsch Indië* von 1862.

3. Bezüglich der Malekiten:

a) Khalil nach der Uebersetzung von Perron in der *Exploration scientifique de l'Algérie* t. X—XVI.

b) Abu Mohammed Abd Allah, übersetzt von Vincent, *Etudes sur la loi Musulmane* (Paris 1842).

4. Bezüglich der Schiiten:

Die Scheraye ol islam von El Mohekkik in der Uebersetzung von Querry, *Droit Musulman*, Paris 1871. 1872; sowie (theilweise) in der Uebersetzung von Baillie, *Digest of Moohummudan Law*, t. 2 (London 1875). Die Uebersetzungen sind mit Querry und mit Baillie II citirt.

Von Vorarbeiten sind zu nennen:

Grady, *Manual of the Mahommedan Law* (London 1869).

Kennedy, *An Abstract of Muhammedan Law,* im Journal *of the Asiatic Society* Vol. II.

Sautayra et Cherbonneau, *Droit Musulman. Statut Personnel et Successions* (Paris 1873 f.).

Sicé, *Traité des lois Mahométanes* (Paris 1841).

Lyon, *Law of India* (1873).

Chama Churun Sircar, *The Muhammadan Law* (Calcutta 1873).

Rumsey, *Moohummudan Law of Inheritance* (London 1880).

Syed Ameer Ali, *The Personal Law of the Mahommedans* (London 1880).

Syed Ameer Ali, *The Law relating to gifts trusts and testamentary dispositions among the Mahommedans.* Calcutta 1875. Nur mit dem Namen des Autors citirt.

Van den Berg, *Beginselen van het Mohammedaansch Recht* (Batavia und 's Gravenhage 1883).

Eherecht, Familienrecht und Erbrecht der Mahomedaner nach dem hanefitischen Ritus (Wien 1873).

Tornauw, Das Moslemische Recht (Leipzig 1855).

Tornauw, Das Erbrecht nach den Verordnungen des Islams, in Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft V S. 116 f.

Friedrichs, Das Eherecht des Islam, in Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft VII S. 240 f.

Ich habe stets die Quellen und Hülfsmittel angegeben. Verlangen kann ich daher, dass, wer meine Aufstellungen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit prüft, diese Quellen mit in Rücksicht zieht. Allgemeine Zweifel, ob das eine oder andere sich aus den Quellen oder ihren Uebersetzungen ergebe, können keine Bedeutung beanspruchen. Wenn ich mich das eine Mal (in Bezug auf das Kommissionsgeschäft) auf solche Zweifel eingelassen habe, so wird diese eine Zurückweisung zur Genüge beweisen, dass solchen Quellenangaben, wie den vorliegenden,

und solchen Studien, wie den meinigen gegenüber derartige allgemeine Zweifel und Bedenken nicht angebracht sind.

Im übrigen sollen diese Arbeiten dazu helfen, eine Grundlage zu legen, sie sollen nicht abschliessen. Künftige Specialjuristen, welche nicht mehr nach Uebersetzungen zu arbeiten haben, sondern sich in die arabische Sprache und Literatur vertiefen, werden lohnende Ausbeute finden. Gegenüber dem wenigen aber, was in der deutschen Jurisprudenz bis jetzt von anderer Seite für das islamitische Recht geleistet worden ist, dürften die vorliegenden Studien in Verbindung mit meinen anderen islamitischen Arbeiten[1]) es werth sein, einen bescheidenen Anfang zu bilden. Ich kann erwarten, dass Andere diese Arbeit unterstützen und weiter führen. Anzweifelungen und Bedenken ohne Förderung der Sache können auf sich beruhen.

Bei den arabischen Worten sind der Vereinfachung des Druckes halber die diakritischen Punkte weggeblieben; überhaupt erschien eine völlig exakte Schreibung für dieses Werk nicht als Bedürfniss, weshalb auch die übliche Schreibung Koran beibehalten, Minhadj statt Minhâdj geschrieben ist, u. a.

---

[1]) Commenda im islamitischen Recht; Moderne Rechtsfragen bei islamitischen Juristen; Zur Lehre von der Blutrache (Würzburg 1885); sodann Islamitisches Obligationen- und Pfandrecht, in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft VI S. 208 f.

I.

Skizzen aus dem allgemeinen Theil.

Bezüglich der Ehescheidung gilt der Grundsatz: ist die Erklärung ihrem sprachlichen Sinne nach deutlich, dann gilt sie in diesem Sinne, wenn nicht, kommt es auf die Intention des Mannes an (Baillie I p. 212 f., Firuzabadi p. 277)[1].

Der Talâk (Scheidungs-)Erklärung wird von den Hanefiten eine fast mystische Bedeutung beigelegt: sie soll gelten, selbst wenn im Scherz oder Spiel abgegeben, selbst wenn unabsichtlich entschlüpft.[2] Dasselbe gilt auch bezüglich des *rij'a*, d. h. bezüglich der Zurücknahme der provisorisch geschiedenen Frau.[3]

Die Schiiten verfolgen, wie in manchen anderen Beziehungen, rationellere Grundsätze; die Erklärung wirkt nicht ohne das Bewusstsein ihrer Bedeutung;[4] sie wirkt nicht, wenn das Wort ohne den Sinn gebraucht wird, so im Scherz oder Spiel.[5] Auch erklären die Schiiten eine Ehescheidungserklärung als ungültig, wenn sie im höchsten Zorne erfolgt ist — nicht so die

---

[1]) Vgl. auch Eherecht S. 62, Sautayra et Cherbonneau I p. 285.

[2]) Eherecht S. 59, Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 339, Sircar p. 390. Das *Remedium* besteht in der Befugniss des Mannes, die Frau wieder zu sich zu nehmen. Uebrigens ist eine Verstossung unwirksam, wenn sie im Schlafe oder im Wahnsinn geäussert wird, vgl. Eherecht S. 59.

[3]) Sircar p. 441.

[4]) Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 337. 338 f.

[5]) Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 339.

Sunnitischen Rechtsschulen.[6]) So auch was die *khul'a*-Scheidung betrifft.[7])

Die Eheschliessung in der Betrunkenheit ist ungültig.[8])

Dagegen ist die Ehescheidungserklärung durch den Betrunkenen gültig;[9]) es müsste sein, dass die Betrunkenheit eine unverschuldete war (Minhadj II *p.* 425. 434, Firuzabadi p. 275, Baillie I p. 209).[10]) Ebenso ist der *zihâr*[11]) eines Betrunkenen gültig, Baillie I p. 327, Minhadj III p. 9.

Nach den Schiiten ist die Ehescheidung eines Betrunkenen nichtig.[12]) Auch der *zihâr* während der Trunkenheit gilt bei ihnen als nichtig (Querry II p. 60, Baillie II p. 139). Ebenso die Freilassung (Querry II p. 108).

Wenn zwei Ehegatten *privatim* einen *mahr* festsetzen und simulationsweise einen grösseren *mahr in publico*, so gilt der erstere, aber die Simulation muss bewiesen werden (Baillie I p. 117 f.); es ist aber auch schon dieser Beweis abgelehnt und die öffentliche Erklärung als bindend erachtet worden.[13]) Ist aber die Simulation urkundlich bestätigt, so ist sie entscheidend; so in einem Falle, in welchem der *mahr* bei der Heirathszeremonie auf 500 R. angegeben wurde, während er urkundlich auf 100 R. festgesetzt war.[14])

---

[6]) Syed Ameer Ali *ib.* p. 346.

[7]) Syed Amer Ali *ib.* p. 356.

[8]) Syed Ameer Ali *ib.* p. 261.

[9]) Sircar p. 391.

[10]) Vgl. auch Eherecht S. 59, Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 340, Sautayra et Cherbonneau I p. 279. Bei den Malekiten ist die Sache bestritten. Die Schafiiten folgen den Hanefiten.

[11]) Ueber *zihâr* vergleiche unten in der Lehre von der Ehescheidung.

[12]) Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 339. Auch die *khul'a*-Scheidung vgl. *ib.* p. 356. Wenn der Mann die Frau zu einer *khul'a*-Vereinbarung zwingt, so wirkt zwar die darin enthaltene Scheidungserklärung des Mannes, aber sie wirkt nur als *talâk*, während das Khul'a (d. h. Entschädigungs-)Versprechen von Seiten der Frau nichtig ist; vgl. *ib.* p. 370.

[13]) Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 325.

[14]) Grady p. 243.

Die Lehre vom Zwang[15]) zeigt eine eigenartige Ausbildung von Grundsätzen, welche deutlich den römisch-rechtlichen Einfluss kundgeben. Der Zwang schafft ein Recht, die Verkehrsgeschäfte rückgängig zu machen, mag der Zwang von dem Vertragsgegner oder von einem Dritten herrühren; er giebt auch eine *actio in rem scripta,* denn die kraft des Zwanges weggegebene Sache kann selbst von dem dritten Erwerber zurückverlangt werden. Dabei wird wohl bemerkt, dass dies ein Ausnahmsfall ist, indem sonst das *vitium* des Kaufs den Uebergang des Eigenthums nicht hindert (Hidaya p. 519 f.).

Der *metus* muss ein ernstlicher sein und sich auf ein wichtiges Lebensgut beziehen (Hidaya p. 519).

Eine zwangsweise Anerkennung ist nichtig, sofern die Anerkennung *in thesi* declarativ und nicht konstitutiv ist (Hidaya p. 519, Baillie I p. 407).[16]) Nichtig ist die zwangsweise Schenkung (Baillie I p. 549).[17]) Nichtig ist eine zwangsweise letztwillige Verfügung (Baillie I p. 627).

Von besonderem Interesse ist der Zwang, insofern er sich auf Akte des Familienrechts, namentlich auf die Ehescheidung bezieht. Schafii erklärt einen solchen Ehescheidungsakt für nichtig (Abu Chodja p. 42, Minhadj II p. 433, Firuzabadi p. 275), ebenso die Malekiten (Khalil [Perron II p. 547]);[18]) während die Hanefiten ihn als gültig erachteten.[19]) Sie argumentirten, wie die römischen Juristen: der

---

[15]) Vgl. auch Syed Ameer Ali p. 53 f., und denselben *Person. Law* p. 341 f. Ueber den *metus* im Obligationenrecht vergleiche mein Islamitisches Obligationenrecht, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft VI S. 212 f.

[16]) Vgl. auch Sircar p. 390, sodann Z. f. vgl. R. VI S. 213.

[17]) Syed Ameer Ali p. 163 f. Ein belehrendes Beispiel ist folgendes: Ein Mann gestattet seiner kranken Frau nicht, sich von ihren Verwandten besuchen zu lassen. Nachträglich gestattet er es ihr unter der Bedingung, dass sie ihm das geschuldete Witthum erlässt; der Erlass ist nichtig (Baillie I p. 549).

[18]) Dabei statuirt Khalil (ähnlich den Schiiten) als erheblichen *metus* die Furcht vor Sävitien, vor Gefangenschaft, vor körperlicher Beschimpfung, vor Tödtung eines Kindes und vor Entziehung eines bedeutenden Vermögensgutes (*ib.* p. 548). Vgl. auch Sautayra et Cherbonneau I p. 30, 281.

[19]) Vgl. Sircar p. 390; Eherecht S. 59.

Gezwungene hat zwischen zwei Uebeln gewählt, und indem er gewählt hat, hat er gewollt: *coactus voluit* (Hidaya p. 75 und p. 523, Baillie I p. 208).

So auch bei dem *zihâr* (Baillie I p. 326); dasselbe gilt bezüglich des *rij'a*, d. h. bezüglich der Zurücknahme des widerruflich geschiedenen Weibes (Baillie I p. 289).[20])

Auch die gezwungene Freilassung eines Sklaven ist gültig; der Zwingende haftet für den Werth des Sklaven (Hidaya p. 523). Ueberhaupt geht die Tendenz der Hanefiten dahin, Akte rituellen Karakters, welche wegen dieses Karakters nicht revokabel sind, als gültig zu betrachten.

Nach der Lehre der Schiiten dagegen[21]) ist eine gezwungene Scheidungserklärung nichtig.[22]) Der *metus* muss sich beziehen auf den Gezwungenen selbst oder auf einen nahen Angehörigen und kann Leben, Ehre, körperliches Wohlsein betreffen (Querry II p. 2, Baillie II p. 108).

Dass im Falle des Zwanges eine Mentalreservation zulässig sei, wird von den Islamiten klar ausgesprochen,[23]) insbesondere wenn Jemand zu einem Eide gezwungen wird (so die Schiiten, Querry II p. 24); so wenn Jemand gezwungen wird, seinen Glauben zu verleugnen: es wird ihm gestattet, die ungläubigen Worte zu sprechen, sofern nur sein Herz anders denkt (Hidaya p. 521). Aehnlich auch die Malekiten (Khalil [Perron II p. 548]): *il faut aussi qu'il ait songé alors à donner exprès à ses paroles un sens double, comme réserve et échappatoire pour sa conscience.*

Die unmöglichen Bedingungen bei der Ehescheidung machen die Ehescheidung nichtig, z. B. die Bedingung: wenn ich in den Himmel fliege (Firuzabadi p. 281).[24]) Die Bedingung:

---

[20]) Vgl. Sircar p. 441. Bezüglich der Eheschliessung vgl. unten.

[21]) Vgl. Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 337f.

[22]) Auch der *zihâr* (Querry II p. 60, Baillie II p. 139); auch der *khul'a*, wenn der Ehemann die Frau zwingt (Querry II p. 51, Baillie II p. 134). Vgl. auch oben Note 12.

[23]) Sonst ist eine Mentalreservation, namentlich bei dem Eide, unstatthaft (Minhadj III p. 436).

[24]) Vgl. Eherecht S. 67, Sautayra et Cherbonneau I p. 297f.

wenn Gott es will, wird bei der *'ilâ* Scheidung verschieden behandelt: da man den Willen Gottes nicht wisse, so könne die Bedingung nicht bestehen; nach den einen wird darum die Scheidung als nichtig betrachtet, nach den anderen wird einfach die Bedingung gestrichen.[25])

Bedingungen, deren Eintritt (wenn auch erst in Zukunft) gewiss ist,[26]) gelten als sofort erfüllt, so bei der *talâk*-Scheidung, so bei dem *zihâr*.[27])

Die Vollmacht kann revozirt werden, auch die Vollmacht bei der Ehescheidung; allein die Revokation wirkt nicht, wenn der Stellvertreter handelt, ehe er die Revokation erfahren hat (Baillie I p. 320).

II.

Personen- und Familienrecht.

A. Sklavenrecht.

§ 1.

Der Eroberer hat gegenüber einer ungläubigen Bevölkerung ein Recht auf das eroberte Land und auf die Bewohner, und kann sie zu Sklaven machen; und dasselbe gilt auch bezüglich der Privatkriege, d. h. bezüglich der Beutezüge (Baillie I. p. 363 f.).[28]) Doch werden Feueranbeter, Juden und Christen ausgenommen, sofern sie sich unterwerfen und die Kapitulation halten, Abu Chodja p. 52, Firuzabadi p. 355, Querry II. p. 105). Durch die Sklaverei einer Frau wird die Ehe, in welcher sie steht, gelöst (Minhadj III. p. 265).

Ein Mohammedaner oder ein Dhimmî[29]) kann sich nicht selbst verkaufen; doch nehmen Einige an, dass ein Selbstverkauf in äusserster Noth statthaft sei und der Verkauf von Kindern in der Noth kommt vor. Im übrigen darf allerdings ein Schuldner seine Arbeit vermiethen, aber auch dies nicht auf übermässige Zeit hinaus (Baillie I. p. 365 f.).

---

25) Sautayra et Cherbonneau I p. 311.

26) Z. B. wenn ich mein Gebet verrichte; wenn es dieses Jahr regnet.

27) Sautayra et Cherbonneau I p. 297. 315.

28) Vgl. auch Perron, *Femmes Arabes* p. 311 f.

29) Dhimmis sind Ungläubige unter islamitischer Oberherrschaft.

Die Kinder einer Sklavin sind Sklaven; werden sie aber von dem *dominus* anerkannt, so sind sie frei (Baillie I. p. 365, 394 f.); sie sind Kinder des *dominus* und haben alle Rechte eines legitimen Kindes.[30])

Hat der *dominus* ein Kind der Sklavin anerkannt, so gelten auch die folgenden Kinder als die seinigen, denn die Sklavin ist dadurch zur Konkubine erhoben,[31]) doch kann der *dominus* ein solches Kind formlos (ohne *li'ân*) verleugnen.[32]) Nur dann gilt die Paternität nicht, wenn die Sklavin in einem Verwandtschaftsverhältnisse steht, welches die Ehe untersagt (Baillie I. p. 380, 393 f.).

Ist die Sklavin im Miteigenthum und kennt jeder der *condomini* das Kind an, so ist das Kind das Kind beider Väter und beerbt beide, ebenso diese das Kind (Baillie I. p. 382 f.). Die Schiiten entscheiden hier durch das Loos, und wer gewinnt, muss das Kind von dem Miteigenthümer der Sklavin loskaufen (Querry I. p. 741, Baillie II. p. 92 f.).

Ist Jemand *bona fide* Erwerber einer fremden Sklavin und erzeugt er mit ihr ein Kind, so hat er das Recht, die Sklavin sammt dem Kinde auszukaufen (Baillie I. p. 403).

§ 2.

Der Sklave ist im öffentlichen Leben unfähig, er ist auch unfähig des bürgerlichen Verkehrs — er ist unfähig, allerdings nicht absolut, wohl aber relativ, sofern seine Handlung in die Rechte des Herrn eingreift; daher ist ihm der Geschäftsverkehr gestattet, sofern der *dominus* ihm die Erlaubniss giebt; eine so ertheilte Befugniss gilt auf so lange, bis die Erlaubniss zurückgenommen wird; sie soll aber ebenso öffentlich zurückgezogen werden, als sie gegeben ist. Sie erlischt auch durch Tod und Wahnsinn (Hidaya p. 524, Baillie I. p. 367).[33]) Der Sklave ist erbunfähig, — worüber im Erbrecht zu handeln ist.

---

[30]) Vgl. Sircar p. 121 f. 126. 376; Grady p. 12.

[31]) Vgl. auch Berg p. 158, Grady p. 261. Sie ist eine um walad; vgl. unten S. 15 f.

[32]) Vgl. Sircar p. 376.

[33]) Vgl. Berg p. 169 f.

Der Sklave haftet für die Geschäftsschulden mit den Einkünften des Geschäfts, eventuell kann er pfandweise verkauft werden, die *hyperocha* kommt an den *dominus*; das Kapital, welches ihm der *dominus* gegeben hat, können die Gläubiger nicht angreifen (Baillie I. p. 368).

Im übrigen ist eine Haftung des Sklaven nicht ausgeschlossen — er haftet für die Schulden, wenn er frei wird (Hidaya p. 525).

Der Sklave kann nur mit Genehmigung des *dominus* heirathen[34]) (Querry I. p. 696, Baillie II. p. 45).

Heirathen zwei Sklaven, die verschiedenen Herren gehören, so gehört das Kind beiden Herren zur Hälfte, doch kann ein anderes Theilungsverhältniss bedungen werden (Querry I. p. 696 f., Baillie II. p. 46).

Der Sklave ist berechtigt, die Ehe zu scheiden, da er dadurch in das Recht des Herrn nicht eingreift (Hidaya p. 526).

Ist der eine Ehegatte frei, so wird auch das Kind frei, es müsste denn etwas anderes bedungen sein. So die Schiiten (Querry, Baillie *l. l. c. c.*).

Den Sklaven, welcher seinen Unterhalt nicht verdienen kann, muss der Eigenthümer unterhalten oder verkaufen (Hidaya p. 149, Querry I. p. 757, Khalil [Perron III. p. 152], Abu Chodja p. 46, Firuzabadi p. 316).[35]) Ist der Sklave im Dienste eines Anderen, als des Eigenthümers, z. B. infolge einer Leihe, so trifft die Unterhaltung denjenigen, welcher seine Dienste benützt (Baillie I. p. 472).

Eine Arbeit über seine Kräfte darf dem Sklaven nicht aufgezwungen werden (Abu Chodja p. 46, Firuzabadi p. 316). Gültig ist der Vertrag, wonach der Sklave gegen eine periodische Bezahlung sich von der Arbeit für den *dominus* lösen und Herr seiner Arbeit werden soll (Minhadj III. p. 105).

§ 3.

Die Freilassung des Sklaven bedarf keiner besonderen Form (Baillie I. p. 386). Allerdings verlangen die Schiiten eine

[34]) Rumsey p. 330.

[35]) Vgl. Berg p. 168; Kennedy p. 102.

mündliche Erklärung, und sie verlangen, dass die Erklärung ohne Bedingung und ohne Befristung stattfinde (Querry II. p. 107); doch wird es als zulässig erachtet, dass eine Leistung des Sklaven als Bedingung gesetzt wird (Querry II. p. 109).

Die Schafiiten lassen auch eine Bedingung zu (Minhadj III. p. 452, Firuzabadi p. 227), nur nicht bei der vertragsmässigen Freilassung, von welcher sofort zu handeln ist (Minhadj III. p. 491).

Der Freilasser muss gesunden Geistes und volljährig sein (Abu Chodja p. 60); doch wird auch die Gültigkeit der Freilassung durch einen 10jährigen vertheidigt (Querry II. p. 108).

Freilassen kann der Eigenthümer (Minhadj III. p. 452); lässt der Miteigenthümer frei, so hat er die übrigen Miteigenthumstheile auszukaufen; [36]) wenn dagegen der Volleigenthümer einen Sklaven für eine Quote freilässt, so wird dieser ganz frei (Querry II p. 113, Abu Chodja p. 60 f., Minhadj III. p. 454 f., Firuzabadi p. 227).

Zwischen dem *manumissor* und dem Freigelassenen besteht ein Patronatsverhältniss: der *manumissor* bezw. seine Agnaten haben ein Erbrecht gegenüber dem Liberten und seinen Kindern; auch ist der *manumissor* der Mundwalt des Freigelassenen (Baillie I. p. 388 f., Minhadj III. p. 467, Baillie II. p. 296 f.). Das Patronatsverhältniss kann nicht veräussert werden (Abu Chodja p. 61); vgl. auch Rumsey p. 173.

Eine Art der Freilassung ist die gegen Lösegeld; der Sklave wird durch Zahlung des Lösegeldes frei, aber erst durch Zahlung und zwar durch Vollzahlung (Baillie I. p. 372 f., Firuzabadi p. 231 f., Abu Chodja p. 61, Minhadj III. p. 477 f., 483); die Zahlung kann aber noch nach seinem Tode nachgeholt werden, wodurch sein Nachlass frei wird (Baillie I. p. 376), — so nach den Hanefiten; die Schafiiten lassen einen solchen Sklaven als Sklaven sterben und seinen Nachlass an den *dominus* fallen. [37])

Eine solche Befreiung tritt auch ein, wenn dem Sklaven

[36]) Wie, wenn der Freilasser zahlungsunfähig ist? Vgl. Firuzabadi p. 227 f., Berg p. 171.

[37]) Vgl. Berg p. 173.

im Testament ein Legat hinterlassen ist; dieses Legat gilt als Erlass des Lösegeldes — vollständig oder theilweise, je nachdem es dem Werthe des Sklaven entspricht oder unter ihm steht (Querry II. p. 624, Baillie II. p. 245).

Eine fernere Art der Freilassung ist die von Todes halber; in einem solchen Falle wird der Sklave mit dem Tode des *dominus* frei. Diese Freilassung kann nach Hanefitischer Anschauung in unwiderruflicher Weise geschehen, in welchem Falle die Veräusserung des Sklaven nicht mehr erfolgen kann, da solche der garantirten Freiheit verhängnissvoll wäre (Baillie I. p. 377 f.).[38]

Nach Schiitischer Ansicht kann der *dominus* eine solche Freilassung stets widerrufen (Querry II. p. 123); so auch nach Schafii, nur dass nach dessen Meinung der Widerruf nicht *verbis*, sondern nur *re*, nämlich durch Veräusserung des Sklaven, erfolgen kann (Abu Chodja p. 61, Firuzabadi p. 229 f., Minhadj III. p. 472).[39]

Verschieden davon ist der Fall, wenn der Erblasser seinen Erben den Auftrag giebt, einen Sklaven freizulassen; hier tritt erst durch die Freilassung der Erben ein Freiheitseffekt ein und das Legat ist unbedingt revokabel (Baillie I. p. 652).

Freilassungen von Todes wegen unterliegen der Beschränkung, dass sie $^1/_3$ des Vermögens nicht übersteigen dürfen; übersteigen sie diesen Betrag, so wird in Ermangelung eines anderen Auswegs durch das Loos bestimmt, welche Sklaven frei werden; doch kommt in erster Reihe in Betracht, wie lange die Sklaven bereits im Dienste sind (Querry I. p. 622, Baillie II. p. 242).

Hat die Sklavin ein Kind geboren, welches der *dominus* anerkennt, so ist sie eine *um walad*; sie wird mit dem Tode des *dominus* frei (Baillie I. p. 379 f., Firuzabadi p. 234 f., Minhadj III. p. 497).[40] Während seiner Lebzeiten darf sie zur Arbeit verwendet, aber nicht veräussert werden, weil dies ihre künftige Freiheit beeinträchtigte. Das Kind, welches eine

[38]) Vgl. Syed Ameer Ali p. 526; Kennedy p. 104.

[39]) Vgl. Berg p. 173.

[40]) Vgl. Berg p. 147; Tornauw, Z. V S. 155, Friedrichs S. 277.

solche Sklavin nach dieser massgebenden Geburt mit einem anderen als dem *dominus* erzeugt, theilt die Rechtslage der Mutter (Baillie I. p. 381, Abu Chodja p. 62, Minhadj III. p. 498) — nicht aber ein vorher erzeugtes Kind.

Hat Jemand eine Sklavin verkauft und kommt sie innerhalb 6 Monaten nieder, so kann der Verkäufer das Kind anerkennen; es wird dadurch frei und die Sklavin wird zur *um walad* des Verkäufers. Der Verkauf wird dadurch rescindirt (Hidaya p. 422, Baillie I. p. 399 f.).

Wird das Kind nach 6 Monaten, aber vor 2 Jahren geboren, so gilt das gleiche, jedoch nur, wenn der Käufer einwilligt.[41]) (Hidaya p. 422).

Tritt der Sklave in das Eigenthum seines eigenen Ascendenten oder Descendenten ein, so wird er sofort frei; so die Schiiten (Querry II. p. 116), oder er muss doch sofort freigelassen werden (Abu Chodja p. 61, Firuzabadi p. 228); die Hanefiten erstrecken dies auf Seitenverwandte, welche im verbotenen Grade der Verwandtschaft stehen.[42])

B. Personenrecht der Freien.

§ 1.

Rechte hat nur ein lebend Geborner; lebend geboren gilt aber ein Kind, welches mit dem grössten Theile aus dem Mutterleib hervorgetreten ist (bei normalen Geburten bis über die Brust) und dabei Zeichen des Lebens giebt.[43])

Die Volljährigkeit tritt mit der Pubertät ein, spätestens bei Männern mit dem 18ten — nach anderen mit dem 15ten — bei Frauen mit dem 17ten — nach anderen gleichfalls mit dem 15. Jahre (Hidaya p. 529;[44]) Minhadj II. p. 17, wo für beide Geschlechter das Alter von 15 Jahren angenommen wird).

---

[41]) Die Bedeutung der 6monatlichen bis 2jährigen Frist (als Schwangerschaftsfrist) wird sich unten ergeben.

[42]) Vgl. Berg p. 171.

[43]) Sircar p. 180.

[44]) Vgl. auch Eherecht S. 135, Berg p. 165, Sautayra et Cherbonneau I p. 48. 376 f. (18 Jahre bei den Malekiten). Abu Hanifa war für 18 bezw. 17 Jahren, die Schüler für 15 Jahren; dem letzteren entspricht die Praxis; Sircar p. 473, Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 181 f.

Ein Minderjähriger ist zu Rechtsakten nur unter Zustimmung seines Vormundes befähigt, es müsste sich um Akte handeln, welche lediglich zum Vortheil sind.[45] (Hidaya p. 524 f.). Ebenso der Wahnsinnige (Hidaya p. 524 f., Minhadj II. p. 16. 20).[46]

§ 2.

Die Obsorge für die Person des Kindes[47] steht dem Vater, eventuell dem väterlichen Grossvater und den sonstigen Agnaten zu, eventuell dem *kâdhî* (Hidaya p 703).[48]

Bezüglich des Verheirathungsrechts sind besondere Theorien geltend, welche später zu erörtern sind. Bei den Malekiten ist in Ermangelung des Vaters der Vormund von dem *kâdhî* zu bestimmen, welcher aber dabei auf die Verwandtschaft Rücksicht zu nehmen pflegt.[49]

Die Vermögensverwaltung gebührt in Ermangelung des Vaters dem testamentarischen Vormunde,[50] eventuell dem väterlichen Grossvater und dem Agnaten, bezw. dem *kâdhî*. Bei den Schafiiten und Schiiten geht der Grossvater dem testamentarischen Vormunde vor (Minhadj II. p. 22).[51] Der Vermögensvormund ist zu Verwaltungshandlungen berechtigt, Immobilien darf er nur im Falle der Noth veräussern (Minhadj II. p. 22 f., Sautayra et Cherbonneau I. p. 48 f., 367).[52]

Besonderes gilt vom Vater: der Vater — sofern er nicht schlimmen Rufes ist — hat nach Hanefitischer Auffassung das Recht, über das Vermögen des Kindes selbst zu Gunsten

---

[45]) Vgl. Sircar p. 475, Grady p. 262 f., Eherecht S. 136.

[46]) Vgl. auch Sautayra et Cherbonneau I p. 50; Sircar p. 476; Eherecht S. 136.

[47]) Eherecht S. 124.

[48]) Der kâdhi stellt dann einen Delegirten als Vormund auf, also *tutela dativa*; vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 364 f.

[49]) Sautayra et Cherbonneau I p. 48. 361.

[50]) Ueber die Bestellung der testamentarischen Vormünder und über das Verhältniss mehrerer zu einander vergleiche unten in der Lehre des Erbrechts.

[51]) Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 410 f.

[52]) Vgl. Grady p. 264 f.

der eigenen Gläubiger zu verfügen, und er ist nicht haftbar;[53]) nur schwere Schädigungen kommen in Betracht;[54]) übrigens kann in Fällen von Misswirthschaft der *kâdhî* sich ingeriren.

Ebenso verhält es sich auch nach den Malekiten.

In gewichtigen Fällen kann der Vormund durch den *kâdhî* entsetzt werden.[55])

§ 3.

Uebrigens ist der Volljährige nicht schon von selbst Herr seines Vermögens; er wird es erst dadurch, dass er von dem Vormund oder dem *kâdhî* für vermögensfähig erklärt wird. Bis dahin dauert die Vermögensvormundschaft weiter (Minhadj II. p. 19);[56]) jedoch nicht weiter als bis zum 25. Jahre.[57])

§ 4.

Bezüglich des *prodigus* bestehen verschiedene Anschauungen. Abu Hanifa war ein Vertreter der Freiheit, er wehrte sich gegen die Beschränkung des *prodigus* aufs äusserste.[58]) Die beiden Schüler Abu Hanifas dagegen statuirten eine Handlungsunfähigkeit des *prodigus* für ein jedes Lebensalter, und zwar eine Inhibition, kraft welcher ihm nicht nur das Vermögen entzogen, sondern auch die Fähigkeit des bürgerlichen Rechtsverkehrs genommen wird.

Nach Abu Yusuf tritt diese Unfähigkeit mit dem obrigkeitlichen Dekrete ein, während nach Mohammed bereits mit der Prodigalität auch die Handlungsunfähigkeit gegeben ist (Hidaya p. 526 f.).

Auch die Malekiten lassen eine Interdiktion wegen Verschwendung zu. Die Interdiktion geschieht durch Ausspruch

---

[53]) Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 418 f., Sautayra et Cherbonneau I p. 343. 369.

[54]) Im Falle schwerer Schädigung kann das Geschäft angefochten werden, vgl. Eherecht S. 121. Vgl. auch noch Syed Ameer Ali p. 601 f., Sircar p. 482.

[55]) Sautayra et Cherbonneau I p. 372, Syed Ameer Ali p. 603 f.

[56]) Sautayra et Cherbonneau I p. 378 f.

[57]) Vgl. Erbrecht S. 135.

[58]) Aehnlich die Schafiiten (Minhadj II p. 19).

des *kâdhî*. Der *kâdhî* ist der gesetzliche Vormund des Interdizirten.[59])

Nach Hanefitischer Anschauung ist dem *prodigus* die Eheschliessung gestattet, nur dass der *mahr* nicht über den *mahr mithl* hinausgehen darf; dass in dieser Beziehung die Schiiten einer anderen Norm folgen, ist unten (S. 23) auszuführen. Auch Legate zu frommen Zwecken bis zu dem Betrage der disponiblen Portion sind ihm gestattet (Hidaya p. 528 f.).[60])

§ 5.

Die verheirathete Frau ist nicht handlungsunfähig;[61]) jedoch kann sie (nach Ansicht der Malekiten) nur über $^1/_3$ ihres Vermögens verfügen — *inter vivos* oder *mortis causa*.[62]) Dies ist aber keine partielle Handlungsunfähigkeit, sondern nur eine Sicherung des künftigen Erbrechts. Insbesondere hat die Frau auch das volle Recht der Gerichtsstandschaft; sie kann klagen und verklagt werden.[63])

§ 6.

Bei Hermaphroditen entscheidet das überwiegende Geschlecht, wobei darauf Rücksicht genommen wird, in welcher Weise derselbe urinirt (Hidaya p. 704 f., Minhadj Attalibin II. p. 246).

Lässt sich auf solche Weise kein Geschlecht festsetzen, so nimmt Abu Hanifa an, dass ein solcher bei der Erbschaft nur wie ein Weib zählt, d. h. nur die geringere Portion erhält, während Andere der Anschauung sind, dass er auch hier halb als Weib, halb als Mann behandelt wird, so dass er die Hälfte dessen erhält, was ein Mann, und die Hälfte dessen, was ein Weib bekommt[64]) (Hidaya p. 705 f.).

---

[59]) Sautayra et Cherbonneau I p. 381 f.

[60]) Vgl. Erbrecht S. 157.

[61]) Vgl. Grady p. 8 und 238.

[62]) Sautayra et Cherbonneau I p. 389.

[63]) Sautayra et Cherbonneau II p. 77 f.

[64]) In der Durchführung dieses Satzes sind die Hanifaschüler nicht einig; vgl. darüber Rumsey p. 155 f.

§ 7.

Im Falle der Verschollenheit hat der *kâdhî* einen Abwesenheitspfleger zu ernennen, welcher das Vermögen unter sich zu nehmen, zu verwalten und die laufenden Geschäfte zu führen hat; verderbliche Sachen sind zu distrahiren, andere nicht (Hidaya p. 213 f.)[65]).

Eine Todeserklärung findet statt, wenn der Abwesende ein so hohes Alter erreicht hat, dass sein Tod im höchsten Grade wahrscheinlich ist. Zuerst nahm man 120 Lebensjahre an, dann 90 Jahre.[66]) Nach der Ansicht Mancher sollte keine bestimmte Frist bestehen, sondern es sollte ermittelt werden, ob die Zeitgenossen des Abwesenden gestorben sind (Hidaya p. 215 f., Baillie II p. 309).[67]) Uebrigens war bei den Schiiten auch die Meinung verbreitet, dass nach einer Abwesenheit von 4 oder 10 Jahren das Vermögen verkauft und das Erbe vertheilt werden solle (Baillie II p. 307).

Ueber die Bedeutung der Todeserklärung ist man nicht vollständig einig. Darin stimmen die Hanefiten und die Schafiiten zusammen, dass das Fortleben des Verschollenen bis zur Erreichung des betreffenden Zeitpunktes insofern präsumirt wird,[68]) dass er sein bereits vorhandenes Recht erst mit diesem Zeitpunkt verliert und dass er daher erst mit diesem Zeitpunkte und nach den Verhältnissen dieses Zeitpunktes beerbt wird. Dagegen erkennen die Hanefiten dieses Prinzip insoweit nicht

[65]) Vgl. Eherecht S. 138; Sautayra et Cherbonneau I p. 390 f. Ist der *absens* gegen andere Personen unterhaltspflichtig, so ist der entsprechende Unterhalt aus seinem Vermögen zu entnehmen, nach Maassgabe richterlicher Bestimmung; vgl. Sircar p. 462. 466; Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 292 f.

[66]) Auch 110 und 105 Jahre wurde als Norm aufgestellt, Sircar p. 187. Bei den Malekiten werden 70, 75, 80 Jahre als Norm betrachtet; vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 23, 226; Grady p. 20.

[67]) Vgl. auch Sircar p. 187 f., Erbrecht S. 139.

[68]) Es ist dies das Prinzip des istishab, d. h. das Prinzip, dass ein vorhandener Zustand solange als fortdauernd angesehen wird, bis ein Beweis des Gegentheils vorliegt. Dieses Prinzip wird von den verschiedenen Rechtsschulen in verschiedener Weise ausgeführt; vgl. dazu Goldziher in der Wiener Zeitschrift für die Kunde des Morgenlandes I S. 230 f.

an, als es sich nicht um Erhaltung des Bestehenden, sondern um Neuerwerb handelt. Fällt nämlich dem Vermissten eine Erbschaft oder ein Legat an, so wird dasselbe zwar dem *absens* einstweilen vorbehalten; erscheint er aber bis zur genannten Frist nicht, so fällt das Vorbehaltene an diejenigen, welche im Momente des Todes des Erblassers dessen Erben gewesen sind, d. h. es wird so getheilt, als ob der Verschollene damals bereits gestorben gewesen wäre[69]) (Hidaya p. 216, Baillie I p. 713f.).

Nach der Lehre der Schiiten soll die Frau, wenn der Mann vermisst wird, die Obrigkeit angeben, welche Nachforschungen anstellt; treffen innerhalb 4 Jahren keine Nachrichten ein, so erklärt der Magistrat den Mann für verschollen und die Frau hat den Sterbe-ʿidda auszuhalten; nach dessen Ablauf ist sie vom Manne gelöst, so dass eine zweite Ehe bestehen bleibt, auch wenn der Mann nachträglich zurückkommt (Querry II p. 31 f., Baillie II p. 165 f.).

So auch die Malekiten, Khalil (Perron III p. 80 f.);[70]) bei besonderen Gelegenheiten, insbesondere wenn der Mann im Kampfe vermisst wird, ist der maassgebende Zeitraum verkürzt.

Die Schule Abu Hanifa's erkennt dieses Recht des *kâdhî* nicht an; eine Lösung der Ehe wegen *absentia* findet hier nicht statt, vielmehr muss abgewartet werden, bis sichere Nachricht einläuft oder der Vermisste ein solches Alter erreicht, dass er als todt zu betrachten ist (Hidaya p. 215 f.). Schafii hatte früher die erstere Ansicht vertheidigt, in seiner zweiten Periode (während seines Aufenthaltes in Aegypten) adoptirte er die Hanefitische Meinung (Minhadj III p. 52); doch nimmt man an, dass nach 7 jähriger Abwesenheit der Mann als todt und die Ehe als gelöst zu betrachten sei, eine Ansicht, welcher sich

[69]) Dies wird auch so ausgedrückt: der *absens* gilt als lebend in Bezug auf sein eigenes Vermögen und als todt in Bezug auf das von Anderen zu ererbende Vermögen; wird also die Zeit seines Todes nicht ermittelt, so wird das von Anderen zu ererbende Vermögen so vererbt, als ob der *absens* nicht mehr vorhanden gewesen wäre: bis zum Ablauf der Verschollenheitszeit muss allerdings sein Vermögenstheil aufbewahrt werden (ähnlich wie im Falle eines Fötus); vgl. Erbrecht S. 138 f., Sircar p. 190 f., Rumsey p. 158 f., Grady p. 19.

[70]) Vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 22, 224 f.

auch viele Hanefiten anschliessen; vgl. Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 384 f.

Hat aber die Frau *bona fide* auf Grund einer Todesnachricht einen anderen Mann geheirathet, so bleibt ihre zweite Ehe bestehen (Baillie I p. 356).

§ 8.

Sterben zwei Personen in derselben Lebensgefahr, ohne dass sich ermitteln liesse, wer zuvor gestorben, so gelten keine Präsumtionen, sondern sie werden so behandelt, als ob sie zu gleicher Zeit gestorben wären[71]) (Baillie I p. 714, Minhadj Attalibin II p. 243).

Bei den Schiiten findet sich in dem Falle, wenn beide Personen gegenseitig zu Erben gerufen sind, die eigenthümliche Einrichtung, dass jeder den anderen beerbt,[72]) z. B. der Vater den Sohn und der Sohn den Vater, indem man das eine Mal von der Supposition ausgeht, dass der Vater, und sodann das zweite Mal von der Supposition, dass der Sohn der überlebende gewesen ist (Baillie II p. 308 f.).

C. Eherecht.

§ 1.

Die Kaufqualität der Ehe zeigt sich auch noch in dem Umstande, dass bei der Eheschliessung der Ausdruck für Kauf gebraucht werden kann, so wenn die Frau sagt: ich habe mich dir verkauft;[73]) wogegen die Ausdrücke für Miethe, Leihe u. s. w. nicht genügend wären, um eine Ehe zum Abschluss zu bringen (Hidaya p. 26); denn solche Ausdrücke würden nur einer

---

[71]) Vgl. auch Sircar p. 194, Rumsey p. 161; Grady p. 22 f., Berg p. 136; Eherecht S. 156. So auch die Malekiten, vgl. Sautayra et Cherbonneau II p. 108 f.; ebenso die Schafiiten, Sircar p. 195. Diese Entscheidung entspricht dem rabbinischen Rechte.

[72]) Auch bei den Hanefiten hatte diese Anschauung ihre Vertreter, vgl. Sircar p. 195 f.

[73]) Vgl. Sircar p. 294 f., Rumsey p. 311; Friedrichs S. 259; vgl. auch Zeitschrift V S. 358 und VI S. 422 f. Vgl. ferner Wilken, Matriarchaat p. 41 f.

Zeitehe entsprechen, welche bekanntlich nach der Sunna verboten ist.

Ferner tritt der Kaufkarakter darin hervor, dass (nach Schiitischer Anschauung) der *prodigus* nur im Falle des Bedürfnisses heirathen darf und nur mit Genehmigung der Obrigkeit.[74] Doch ist eine Ehe ohne Genehmigung gültig, jedoch wird der *mahr*, wenn excessiv, auf den üblichen Betrag herabgesetzt (Querry I p. 651, Baillie II p. 8). Ein Schwachsinniger kann mit Genehmigung seines Vormundes heirathen (Minhadj II p. 20).

Auch darin gelten die Kaufgrundsätze, dass (nach den Hanefiten) die Gefahr des versprochenen *mahr* erst mit der Tradition auf die Frau übergeht, so dass, wenn die Sache in der Hand des Mannes untergeht, sie den Werth verlangen kann; und wenn die Sache bedeutend verschlechtert ist, kann sie die verschlechterte Sache refüsiren und den Werth verlangen. In gleicher Weise hat aber auch die Frau für die eventuelle Restitution der Mahrhälfte zu haften, wenn ihr die Sachen sofort übergeben worden sind und sie später in die Lage kommt, die Hälfte restituiren zu müssen (Baillie I p. 114 f. 119).

Aehnlich die Schiiten (Querry I p. 718 f. 723, Baillie II p. 70—74). So aber auch die Malekiten, welche sonst bezüglich des Kaufes einer anderen Regel folgen.[75]

Im übrigen ist die Kaufform dadurch abgestreift, dass der *mahr* der Frau selbst, nicht ihrem Mundwalte gehört; jedoch kommt es noch vielfach vor, dass der Mundwalt den *mahr* einzieht und ihn der Frau übergiebt,[76] häufig verbürgt er sich der Frau für die Zahlung[77] (Hidaya p. 54, Baillie I p. 140f.). — Alles dieses deutet darauf hin, wie ursprünglich der Mundwalt den Preis bezog und wie es allmählich in Uebung kam, ihn der Frau zu überlassen (Hidaya p. 54). Uebrigens ist es

---

[74]) Anders die Hanefiten; vgl. Eherecht S. 16 und oben S. 19.

[75]) Sautayra et Cherbonneau II p. 60, Sircar p. 351, Rumsey p. 350; Eherecht S. 35.

[76]) Sautayra et Cherbonneau II p. 63 f.

[77]) Rumsey p. 346; Eherecht S. 34.

noch heutzutage nichts unerhörtes, dass sich der Vater eine Summe bezahlen lässt — neben dem von der Frau zu entrichtenden *mahr;*[78]) neben dem *mahr*, denn eine nicht an die Frau, sondern an den Mundwalt fallende Summe hat nicht den Karakter des *mahr* (Baillie I p. 105).

Der Anspruch auf den *mahr* geht auf die Erben der Frau über; bezüglich des *mahr mithl* ist die Sache allerdings bestritten worden (sofern nämlich beide Theile gestorben sind und der Anspruch zwischen den beiderseitigen Erben obschweben würde (Hidaya p. 56).[79]) Auch hat die Frau das Recht, den Dotalanspruch zu zediren.[80]) Sie hat auch das Recht, dem Manne den *mahr* zu erlassen (natürlich sofern sie volljährig und handlungsfähig ist).[81]) Nach den Schiiten kann auch der Vater der minderjährigen Frau dem Manne einen Theil des *mahr* erlassen; nicht so nach der Lehre der Hanefiten.[82])

Auch darin wird von dem Kaufe abgewichen, dass es bei der Eheschliessung kein Optionsrecht giebt und dass bei der Ehe keine *dicta et promissa* und keine Redhibition wegen des Fehlens derselben anerkannt ist (Baillie I p. 21 f. 116). Die Schiiten streiten, ob das Optionsrecht einfach gestrichen wird oder ob das Geding der Option die Ehe nichtig macht (Querry I p. 725 f., Baillie II p. 77). Die Malekiten gestatten ein vertragsmässiges Recht der Revokation, wenn besondere Vorzüge bedungen sind, Khalil (Perron II p. 404 f.)[83]); ebenso die Schafiiten (Minhadj II p. 364).

§ 2.

Nach der Hanifaschule ist der *mahr* kein nothwendiges Element der Ehe mehr: die Ehe kann ohne *mahr* abgeschlossen,[84])

---

[78]) Vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 72 f.

[79]) Sautayra et Cherbonneau II p. 64; Sircar p. 359 f.; Rumsey p. 346. 369.

[80]) Sautayra et Cherbonneau II p. 65 f.; Sircar p. 360 f.

[81]) Sautayra et Cherbonneau II p. 66; Sircar p. 360 f.; Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 315.

[82]) Syed Ameer Ali *ib.* p. 316.

[83]) Vgl. auch Sautayra et Cherbonneau I p. 152.

[84]) Vgl. zum folgenden: Eherecht S. 27 f., Tornauw S. 74 f.

es kann bedungen werden, dass kein *mahr* bezahlt werden soll — denn in solchem Falle tritt eben der *mahr mithl* ein[85]) (Hidaya p 44) Ebenso die Schafiiten (Minhadj II p. 375) und die Schiiten (Querry I p. 719, Baillie II p.71); nur wird vielfach angenommen, dass eine Ehe ohne *mahr* nur bei einer volljährigen Frau zulässig ist (Querry I p. 721, Baillie II p. 72). Die Malekiten halten den *mahr* für unentbehrlich (Sautayra et Cherbonneau I p. 93 f. 149).

Wird ein *mahr* bestimmt, so soll er (nach den Hanefiten) nicht unter 10 *dirhams* bestimmt werden; ein geringerer *mahr* ist auf diese Summe zu erhöhen (Hidaya p. 44, Baillie I p.92f.). Nach Schiitischer Meinung kann der *mahr* auf die geringste Summe gesetzt werden (Querry I p. 716 f., Baillie II p. 68).

Nach Ansicht der Malekiten muss der *mahr* mindestens 3 *dirhams* betragen, sonst ist die Ehe nichtig, Khalil (Perron II p. 441).[86]).

Fällt der Gegenstand weg, weil z. B. der angebliche Sklave ein freier Mensch ist oder weil ein *Error in re* vorliegt, so besteht Zwiespalt, ob an Stelle des Gegenstandes sein Werth zu leisten ist, oder ob die Sache wie vorhin zu behandeln und, in Ermangelung eines *mahr*, ein *mahr mithl* zu leisten ist (Hidaya *p.* 51 f.). Nach Malekitischer Anschauung ist auch hier die Ehe nichtig, Khalil (Perron II p. 441 f.).

Der *mahr* kann in Allem bestehen, was einen Geldwerth hat; er kann auch darin bestehen, dass der Frau die Erträgnisse einer Sache zugewendet werden (Baillie I p. 94); unzulässig ist es aber, wenigstens nach Hanefitischer Anschauung, eine *res futura*, z. B. die erst künftig zu percipirenden Früchte als *mahr* festzusetzen (Baillie I p. 94). Ob er in Diensten bestehen kann, darüber vgl. unten S. 31.

---

[85]) Vgl. unten S. 27. Dem steht gleich, wenn ein unerlaubter Gegenstand als *mahr* versprochen wird, z. B. Wein oder ein Schwein (Hidaya p. 51; Sircar p. 347, Sautayra et Cherbonneau I p. 149).

[86]) Vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 6 und 149. Heutzutage gilt diese Summe nicht mehr als maassgebend, sondern es entscheidet der Ortsgebrauch, vgl. *ib.* p. 95 f. Die Schafiiten haben ein solches Minimum nicht, Sircar p. 346.

Die Höhe des *mahr* kann in das *arbitrium* eines der beiden Theile, oder auch in das *arbitrium* eines Dritten gestellt werden; wird nicht arbitrirt, so tritt der *mahr mithl* ein. Der Ehemann aber kann nicht unter dem *mahr mithl* arbitriren, überhaupt ist eine ungünstigere Arbitrirung nur dann bindend, wenn der Betheiligte zustimmt.[87]) Nach Ansicht der Schiiten ist der traditionelle Betrag von 500 *dirhams* das Höchste, auf was die Frau arbitriren kann (Querry I p. 722, Baillie II p. 73).

Eine Bedingung, dass die Ehe bei Nichtzahlung des *mahr* ungültig sein solle, ist unzulässig und wird gestrichen (Querry I p. 724 f., Baillie II p. 76).

§ 3.

Die Frau erlangt das Recht auf den vollen *mahr* mit der Kohabitation oder mit dem Tod ihres Mannes;[88]) wie aber in deutschen Rechten das Beschlagen der Decke oder das Sichentgürten der Kohabitation gleichstand, so ist es nach Hanefitischer und Malekitischer Anschauung genügend, wenn beide Ehegatten sich zurückziehen und die Frau sich der Kohabitation preisgiebt (Hidaya p. 44. 45 f., Baillie I p. 98).

Dieses Sichzurückziehen genügt, auch wenn der Mann sich als impotent erweisen sollte (Hidaya p. 127).[89])

Nach den Schafiiten und Schiiten hat das Sichzurückziehen diese Bedeutung nicht (Minhadj II p. 379 f.)[90])

Die Frau verdient den vollen *mahr* durch Kohabitation[91]) — ja sie kann sich, bis zur Zahlung, der Kohabitation entziehen (Hidaya p. 54, Baillie I p. 125 f.) — sie braucht sich nur gegen baar preiszugeben — es müsste denn sein, dass für die

---

[87]) Sircar p. 349, Sautayra et Cherbonneau I p. 98.

[88]) Sircar p. 353; Syed Ameer Ali *Person. Law* p. 311 f. Auch im Fall der Fornikation ist der ordentliche *mahr* geschuldet, und wenn ein Mann mit einer Frauensperson ein *stuprum* begangen und sie nachher geheirathet hat, so schuldet er ihr zwei *mahr*; Sircar p. 362.

[89]) Vgl. auch Sautayra et Cherbonneau II p. 54; Sircar p. 410 f.; Rumsey p. 359 f.

[90]) Vgl. auch Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 251 f. 312.

[91]) Vgl. zum folgenden Sautayra et Cherbonneau I p. 99 f.

Zahlung des *mahr* Zieler bestimmt und nur ein Theil baar zahlbar wäre. Hierüber giebt der Ehevertrag Bestimmung; doch kommt hierbei auch die Ortsgewohnheit in Betracht[92]) (Baillie I p. 127 f., Khalil [Perron II p. 436]; Minhadj II p. 378.)

Uebrigens besteht eine Differenz darin, dass die einen Juristen vermeinen, dass das Widerstandsrecht der Frau fortdauere, auch nachdem die Ehe konsummirt ist, so Abu Hanifa; während seine Schüler annahmen, dass, sobald sie sich einmal zur Kohabitation preisgegeben, ein weiteres Rückhaltungsrecht bis zu erfolgter Baarzahlung nicht gegeben sei (Baillie I p. 125). Ersterer Meinung scheint die Hanefitische Praxis zu folgen.[93]) Letzterer Ansicht neigen sich die Schiiten zu (Querry I p. 719, Baillie II p. 70).[94])

Wie der Tod des Mannes, so gilt auch der Tod der Frau: der *mahr* wird vollständig erworben, er fällt an die Erben (Baillie I p. 102).

Ist eine Ehe ohne *mahr* abgeschlossen, so erhält die Frau nichtsdestoweniger einen den Umständen angemessenen *mahr*, einen *mahr mithl*, sobald sie mit dem Manne kohabitirt oder der Mann während der Ehe stirbt (Hidaya p. 45, Querry I p. 720).[95]) Dasselbe gilt auch dann, wenn bedungen war, dass kein *mahr* bezahlt werden soll oder wenn der *mahr* in verbotener Sache bestimmt wurde.[96])

Auch wird der festgesetzte *mahr* in einem besonderen Falle erhöht, soweit er unter dem *mahr mithl* steht; dann nämlich, wenn der Ehemann der Frau besondere Zusagen gemacht hat, z. B. seinen Wohnsitz in einer bestimmten Stadt zu wählen oder kein zweites Weib zu nehmen,[97]) und wenn er dann solche

---

[92]) Gewöhnlich ist die Hälfte oder ein Drittel des *mahr* sofort zu zahlen, der Rest nach Ablauf einer Zeit, meist erst bei Tod des Mannes; vgl. Sircar p. 351; Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 308, Grady p. 245 f.

[93]) Vgl. Eherecht S. 56 f.

[94]) Vgl. auch Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 318 f., Rumsey p. 361.

[95]) Sircar p. 343 f.

[96]) Vgl. Eherecht S. 28; vgl. auch oben S. 25.

[97]) Ueber derartige Zusagen vergleiche unten S. 47 f.

Zusage nicht hält: in einem solchen Falle muss an Stelle der nicht erfüllten Zusage eine entsprechende Aufbesserung des *mahr* bis zu dem *mahr mithl* erfolgen — sofern der festgesetzte Preis unter demselben steht[98]) (Hidaya p. 49, Baillie I p. 102 f.).

Der *mahr mithl* bestimmt sich nach den Umständen des Falles; dabei ist auf die Gewohnheit der Familie, d. h. auf die Ausstattung, welche andere Frauen der (väterlichen) Familie erhielten, Rücksicht zu nehmen, ebenso wie auf die Jugend, Schönheit u. s. w.[99]) (Hidaya p. 53; Baillie I p. 95; Khalil [Perron II p. 464], Minhadj II p. 387).

Nach den Schiiten soll der *mahr mithl* den traditionellen Betrag von 500 *dirhams* nicht übersteigen (Querry I p. 720, Baillie II p. 71).

Wenn sich der Ehemann von der Frau scheidet, ehe eine Kohabitation (oder was ihr gleichsteht) stattgefunden hat, so erhält die Frau die Hälfte des *mahr*; ist aber die Ehe ohne fixirten *mahr* abgeschlossen, so erhält sie lediglich ein Geschenk, welches in Kleidungsstücken zu bestehen pflegt, im Uebrigen nach Ortsgebrauch bestimmt wird[100]) (Hidaya p. 44 f., Baillie I p. 96 f., Querry I p. 720. 723, Khalil [Perron II p. 470], Minhadj II p. 390. 394).

Was von der Hälfte des *mahr* gesagt wurde, gilt nur bezüglich des bei der Ehe zugesagten *mahr*, nicht auch bezüglich desjenigen, was der Ehemann der Frau nach der Ehe weiter versprochen hat: die nachträgliche *donatio propter nuptias* wird nicht gerechnet, wenn es sich um Festsetzung der (halben) Scheidungssumme handelt; doch war Abu Yusuf anderer Meinung (Hidaya p. 45, Baillie I p. 96. 111 f.).[101])

Ist die Ehe nichtig, so erhält die Frau keinen *mahr*,[102])

---

[98]) Rumsey p. 356 f.

[99]) Sircar p. 343 f., Rumsey p. 351 f.

[100]) Koran II 237, XXXIII 48. Vgl. auch Eherecht S. 32; Friedrichs S. 272; Sircar p. 353 f. 359.

[101]) Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 327, Rumsey p. 363 f.; Eherecht S. 32.

[102]) Vgl. Sautayra et Cherbonneau II p. 52 f. 55.

sofern eine Kohabitation nicht stattgefunden hat; ist es zur Kohabitation gekommen, so erhält sie den zugesagten *mahr*, jedoch nicht über die Höhe eines *mahr mithl* hinaus (Hidaya p. 52 f, Baillie I p. 156).[103]

Ebenso verhält es sich, wenn die in der Kindheit geschlossene Ehe kraft des Optionsrechts bei der Pubertät gelöst wird (Baillie I p. 53 f.), oder wenn die ohne Zustimmung des Vormundes geschlossene Ehe auf Klage des Vormundes rescindirt wird[104] — wie dies an den betreffenden Stellen auszuführen ist. Ebenso verhält es sich endlich, wenn die Frau selbst durch Apostasie, Inzest u. s. w. die Trennung bewirkt hat[105] (Baillie I p. 101 f.).

Was hier von dem *mahr*, das gilt auch von dem an Stelle der Hälfte des *mahr* zu leistenden Geschenke[106] (Baillie I p 97).

Und ebenso hat bei ungültiger Ehe die Frau kein Alimentationsrecht (Baillie I p. 157).

Ob die Geschlechtsverbindung mit einer in ungültiger Ehe verheiratheten Frau, sofern der Mann von dieser Ungültigkeit weiss, *zinâ* ist und als *zinâ* bestraft wird, ist bestritten. Abu Hanifa leugnete es und hielt nur eine arbiträre Strafe als angemessen; anders die beiden Schüler desselben und Schafii (Hidaya p. 184). Dies hängt mit einer Verschiedenheit in

---

[103]) Vgl. Sircar p. 364; Eherecht S. 32. Denn ein *mahr mithl* ist, wie bereits bemerkt, auch zu zahlen im Fall der Fornikation. Dass aber hier trotz der mehrmaligen Cohabitation nur ein *mahr mithl* zu entrichten ist, beruht darauf, dass die *species matrimonii*, der Schein der Ehe vorliegt; vgl. Baillie I p. 137 f. Da aber die Schuldigkeit zur Zahlung des *mahr* auf der Beiwohnung beruht, so genügt es hier nicht, wenn die Brautleute sich lediglich zurückgezogen haben, Sircar p. 364, Rumsey p. 367.

[104]) Vgl. Sircar p. 334. Ebenso bei den Malekiten, wenn die Ehe kraft des Revocationsrechts (oben S. 24) reszindirt wird; jedoch kann der getäuschte Ehegatte sich den *mahr* von dem *vâlî*, welcher die Frau verheirathete, ersetzen lassen, Khalil (Perron II p. 415); oder auch von der Frau selbst, wenn sie die Täuschung mitverschuldet hat, Khalil l. c. p. 416.

[105]) Vgl. Sircar p. 358.

[106]) Vgl. Sircar p. 357; Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 313; Eherecht S. 33.

der Auffassung der Ungültigkeiten zusammen, von welcher noch später die Rede sein wird.

Schon oben (S. 28) wurde bemerkt, dass der Ehemann den *mahr* während der Ehe erhöhen kann; die Schafiiten betrachten dies als eine Schenkung und verlangen daher Tradition; nicht so die Hanefiten, und Schiiten, welche das *plus* als Zusatz zum *mahr* behandeln.[107])

Die Braut erhält häufig von ihrem Vater eine Aussteuer, ja in reichen Verhältnissen kann eine solche verlangt werden (Baillie I p. 144 f.); insbesondere kann begehrt werden, dass die Frau sich aus ihrem *mahr* eine entsprechende Ausstattung acquirire;[108]) doch wird dies von anderer Seite bestritten.[109]) Diese Aussteuer bleibt ihr Eigenthum; ebenso gehört einem jeden Theile sein Acquäst; es besteht völlige Gütertrennung (vgl. Baillie I p. 146 f.).[110])

Auch von dem Hochzeitsmahle als einer rituellen Institution ist die Rede und von einer Verpflichtung der Eingeladenen, dieser Einladung zu folgen (Firuzabadi p. 266 f., Minhadj II p. 397 f.). Die Kosten hat der Mann zu bestreiten.[111])

§ 4.

Auch von der Tauschehe finden sich Spuren und von dem Abverdienen der Frau. Die islamitischen Juristen besprechen den Fall, wenn in einem und demselben Vertrage sich zwei Männer gegenseitig Frauen versprechen, z. B. der eine die Tochter, der andere die Schwester.[112]) Schafii allerdings nahm an einem solchen Vertrag Anstand. Denn wie kann die eine Frau den *mahr* für die andere bilden? Sie kommt ja an

---

[107]) Syed Ameer Ali, ***Person. Law*** p. 327.

[108]) Sautayra et Cherbonneau II p. 90 f.

[109]) Vgl. Eherecht S. 38 f.

[110]) Sautayra et Cherbonneau II p. 92 f. Die Frau hat Nichts zum Haushalt beizusteuern.

[111]) Sautayra et Cherbonneau II p. 93; Syed Ameer Ali, ***Person. Law*** p. 328.

[112]) Bei den vorislamitischen Arabern war eine solche Tauschehe sehr gebräuchlich (Perron II p. 652; Khalil *ib.* II p. 449 f., Syed Ameer Ali, ***Person. Law*** p. 247, Z. f. vgl. R. VIII S. 242); sie hiess die ***shighâr***-Ehe.

ihren Mann, nicht an die Frau des anderen Mannes. Jedoch setzte sich namentlich die Hanifaschule[113]) darüber hinweg: in einem solchen Fall kann allerdings die eine Frau nicht den *mahr* für die andere bilden; in solchem Falle ist eben kein (gültiger) *mahr* zugesagt und es treten die gleichen Grundsätze ein als wie wenn diese Ehen ohne *mahr* eingegangen worden wären, d. h. es ist ein *mahr mithl* zu bezahlen (Hidaya p. 47). So die Hanefitenschule. Nach Ansicht der Malekiten ist eine solche Ehe nichtig (Khalil [Perron II p. 449 f.]);[114]) ebenso nach Ansicht der Schafiiten (Firuzabadi p. 252) und Schiiten; vgl. Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 247 f.

Aehnlich verhält es sich nach der Hanifaschule mit dem Abverdienen der Frau; der geleistete Dienst kann nicht als *mahr* gelten, folglich ist es so anzusehen, als wenn die Frau ohne *mahr* geheirathet worden wäre.[115]) Ebenso die Malekiten (Khalil [Perron II p. 442]). Schafii dagegen nimmt an, dass der Dienst als *mahr* angerechnet werden könne (Hidaya p. 47); ebenso die Schiiten (Querry I p. 716. 718, Baillie II p. 69).[116])

§ 5.

Ueber die Eheschliessung als Vertrag und über seine Form gilt folgendes: Eine der Ehe vorhergehende Verlobung ist im Islam als Rechtsinstitut nicht entwickelt.[117])

Die Ehe muss in Gegenwart zweier männlicher Zeugen

---

[113]) Sautayra et Cherbonneau I p. 126; Sircar p. 344 f.; Rumsey p. 323 f.; Eherecht S. 9.

[114]) Doch kommt sie in malekitischen Ländern noch faktisch vor, Sautayra et Cherbonneau I p. 126 f.

[115]) Vgl. Sircar p. 347 f., Rumsey p. 354.

[116]) Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 302 f. Muss in solchem Falle die Frau, weil sie vor der Konsummation geschieden wird, die Hälfte des *mahr* restituiren, so geschieht die Restitution durch Zahlung der Hälfte des üblichen Preises für die betreffende Leistung; umgekehrt hat der Ehemann die Hälfte dieses Preises zu zahlen, wenn er die Leistung noch nicht gemacht hat (Querry I p. 723 f., Baillie II p. 75).

[117]) Vgl. Eherecht S. 6, Sautayra et Cherbonneau I p. 123 f. Faktisch findet sie sich insbesondere in Indien, der indischen Lebensgewohnheit entsprechend; vgl. Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 241.

abgeschlossen werden oder (wenigstens nach Ansicht der Hanefiten und Schafiiten) in Gegenwart eines männlichen und zweier weiblicher Zeugen.[118] Die Zeugen müssen frei, volljährig und gesunden Geistes sein (Hidaya p. 26, Baillie I p. 5 f., Abu Chodja p. 38, Firuzabadi p. 249, Minhadj II p. 319).[119]

Sind die Ehegatten beide Moslims, so müssen auch die Zeugen Moslims sein; anders wenn einer der beiden Theile ein *dhimmî* ist — so wenigstens nach Abu Hanifa und Abu Yusuf (Hidaya p. 26. 27, Baillie I p. 6, Sircar p. 301).

Der Zuzug der Zeugen ist Erforderniss der Gültigkeit;[120] doch wird eine Ehe vielfach aufrecht erhalten, wenn dieselbe konsummirt ist.[121] Ueberhaupt wird bei eheartigem Zusammenleben die Ehe vermuthet.[122]

Nach Schiitischer Anschauung ist die Zuziehung der Zeugen keine Bedingung für die Gültigkeit der Ehe (Querry I p. 468; vgl. auch II p. 467, Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 226. 241 f. und die dort zitirten).

Die Ehe kann durch Stellvertreter abgeschlossen werden, auch der Bräutigam kann der Vertreter seiner Braut sein, so dass er die Erklärung der Eheschliessung einfach vor Zeugen abgiebt, jedoch ist hierzu eine besondere Autorisation nöthig[123] (Baillie I p. 8. 76, Querry I p. 652). Auch kann Jemand

---

[118]) Dem rituellen Karakter der Eheschliessung entspricht es, dass die Schiiten (obgleich Perser) den Abschluss der Ehe in arabischer Sprache verlangen, sofern solches überhaupt als möglich erscheint (Querry I p. 647, Baillie II p. 3). Ueber anderwärtige, rechtlich unwesentliche Formalitäten vgl. Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 229 f.; eine mit solchen Feierlichkeiten abgeschlossene Ehe heisst in Indien *urfi*-Ehe.

[119]) Vgl. Sircar p. 301, Rumsey p. 313, Grady p. 235, Eherecht S. 8, Berg p. 149, Sautayra et Cherbonneau I p. 118 f. Dagegen bedarf es keines Schriftaktes, doch wird in manchen Gegenden ein solcher verlangt; vgl. *ib.* I p. 128 f. Jedenfalls ist ein solcher Akt sehr gebräuchlich und er wird als Gebot der Vorsicht erachtet, *ib.* I p. 159 f. Die Kalifen verlangten die Registrirung der Ehen vor dem *Kâdhî*.

[120]) Vgl. Sircar p. 300; Rumsey *p.* 314.

[121]) So wenigstens nach den Malekiten, Sautayra et Cherbonneau I p. 146.

[122]) Sircar p. 318, Grady p. 235.

[123]) Sircar p. 337.

als Vertreter beider Theile handeln (Baillie I p. 84). Auch ein *negot. gestor (fuzûlî)* kann die Ehe abschliessen — unter Vorbehalt der Ratihabition[124]) (Baillie I p. 76. 85); der *gestor*, welcher die Ehe abgeschlossen hat, kann, nachdem der Abschluss erfolgt ist, auch vor der Ratihabition die Sache nicht mehr rückgängig machen (Baillie I p. 76. 88). Während aber ein Bevollmächtigter beide Theile vertreten kann, so ist dies bezüglich des blossen *gestor* nicht statthaft[125]) (Baillie I p. 84).

Die Vollmacht bedarf keiner Zeugen[126]) (Baillie I p. 76); ebensowenig die Ratihabition (Baillie I p. 85).

Die Vollmacht kann eine allgemeine und eine spezielle sein (Baillie I p. 75 f.); aber auch eine allgemeine Vollmacht, mindestens was die Frau betrifft, befähigt nur zur Eheschliessung mit einem angemessenen Ehemann (Baillie I p. 77, Minhadj II p. 326).[127])

Der Stellvertreter kann die Vollmacht nicht auf einen Substituten übertragen (Baillie I p. 83), es müsste ihm denn solches ausdrücklich gestattet sein.[128])

Die Vollmacht kann widerrufen werden durch Wort und That; der letztere Widerruf wirkt sofort, der erstere mit dem Moment, in welchen er an den Vertreter gelangt ist (Baillie I p. 84).

Kann die Ehe durch Bevollmächtigte, so kann sie doch nicht *inter absentes* geschlossen werden, also nicht so, dass jeder Theil in Abwesenheit des anderen seine Erklärung vor Zeugen abgiebt. Doch hat man eine Eheschliessung durch Brief zugelassen, sofern die Frau den Inhalt des Briefes vor Zeugen vorgelesen und vor Zeugen ihre Annahme erklärt hat (Baillie I p. 11).[129])

Eine Heirathsofferte kann nicht mehr akzeptirt werden,

---

[124]) Sircar p. 340.

[125]) Sircar p. 340, Rumsey p. 326 f.

[126]) Sircar p. 336; Eherecht S. 19.

[127]) Sircar p. 338. Bezüglich des Mannes ist die Sache bestritten, vgl. Rumsey p. 328.

[128]) Rumsey p. 325; Eherecht S. 19.

[129]) Sircar p. 296, Eherecht S. 9.

wenn beide Theile auseinandergegangen oder der eine zu einer anderen Beschäftigung übergegangen ist (Baillie I p. 10; Sircar p. 293. 297).

Offerten und Akzept müssen einander völlig entsprechen, sonst kommt kein Vertrag zu Stande (Baillie I p. 11 f.).[130]

Die Eheschliessung kann nicht unter einem *dies* oder einer Bedingung stattfinden, Minhadj II p. 318 f.,[131] nur eine *conditio in praeteritum relata* ist gestattet (Baillie I p. 17 f.). Die Malekiten gestatten unter besonderen Umständen einen *dies* von einem Jahre, Khalil (Perron II p. 435 f.)

Unzulässig ist nach Anschauung der Sunniten bekanntlich die Zeitehe (Baillie I p. 18, Firuzabadi p. 253). Bezüglich der Schiiten wird unten das Nöthige entwickelt werden.

§ 6.

Einem Freien sind 4 Frauen gestattet,[132] einem Sklaven nach Hanefitischer und Schafiitischer Anschauung nur 2 (Hidaya p. 31, Baillie I p. 30 f., Firuzabadi p. 252, Minhadj II p. 343). Die Schiiten gewähren dem Sklaven 2 freie Frauen oder 4 Sklavinnen (Querry I p. 670. 672, Baillie II p. 27 f.); die Malekiten gestatten ihm die gleiche Anzahl wie dem Freien (Khalil [Perron II p. 368]). Heirathet Jemand 5 Frauen in einem Kontrakt, so sind alle Ehen ungültig, da man keine als gültig ausscheiden kann (Baillie I p. 31; Khalil [Perron II p. 368]).

Die Polyandrie ist verpönt, die Ehe mit einem zweiten Ehemann *durante matrimonio* nichtig.[133]

---

[130]) Vgl. Sircar p. 293 f.

[131]) Eherecht S. 9, Sautayra et Cherbonneau I p. 127. Da im Arabischen Präsens und Futurum durch dieselbe Form ausgedrückt wird, so pflegt man, um die Futurbedeutung auszuschliessen, sich des Präteritums zu bedienen: „ich habe dich geheirathet."

[132]) Vgl. Koran IV. Nur der Prophet war von dieser Beschränkung entbunden, wie ihm überhaupt in dieser Richtung grosse Freiheit zustand (Querry I p. 644).

[133]) Sautayra et Cherbonneau I p. 137, Grady p. 237.

§ 7.

Zulässig ist die Ehe mit Freien und Sklaven[134]) (Sklavinnen) — nur kann der *dominus* nicht seine eigene Sklavin heirathen, denn Sklaveneigenthum und Eherecht verträgt sich nicht miteinander (Hidaya p. 30, Firuzabadi p. 252, Khalil [Perron] II p. 379). Daher ist die Ehe auch nichtig, wenn der eine Ehegatte auch nur ein Miteigenthum hat[135]) (Baillie I p. 43); und die Ehe wird nichtig, wenn der Ehemann nachträglich das Eigenthum der Sklavin erwirbt (Baillie I p. 535, Firuzabadi p. 252)[136]) — denn Eigenthum und Ehe schliessen sich aus (Mindhadj II p. 344). Wohl aber kann der Vater die Sklavin seines Sohnes heirathen (Baillie I p. 40); so nach den Hanefiten; die Malekiten untersagen auch diese Ehe (Khalil [Perron] II p. 379). Ebenso ist nichtig die Ehe der Herrin mit ihrem Sklaven (Khalil [Perron] II. p. 379).

Unzulässig ist die Eheschliessung mit einer Wittwe während der *'idda*-Periode; noch mehr: erfolgt diese Ehe in bösem Glauben oder wird sie consummirt, so dürfen die beiden Theile einander auch in Zukunft nicht mehr heirathen; so Khalil (Perron II p. 319 f.); so die Schiiten (Querry I p. 671, Baillie II p. 26); ebenso ist es schiitische Lehre, dass die Ehe zwischen Ehebrecher und Ehebrecherin verboten ist[137]) (Querry I p. 672, Baillie II p. 27).

Ueber das Eheverbot, welches aus dem dreimaligen *talâk* und aus dem *li'ân* entspringt, wird unten gehandelt werden.

Die Ehe mit einer Schwangeren ist nach der herrschenden Ansicht der Hanefiten gültig[138]), es müsste denn sein, dass die Schwangerschaft sicher auf einen bestimmten Dritten zu-

---

[134]) Doch gilt die Ehe mit einer Sklavin (wenn kein genügender Grund dafür spricht) als tadelnswerth (Querry I p. 670).

[135]) Vgl. Sircar p. 313.

[136]) Vgl. Sircar p. 388 f., Berg p. 153.

[137]) Syed Ameer Ali, ***Person. Law*** p. 257.

[138]) Vgl. Sircar p. 313. Anders die übrigen Schulen, Syed Ameer Ali, ***Person. Law*** p. 222; anders auch Abu Yusuf; vgl. Rumsey p. 305. 309. Vgl. jedoch auch bezüglich der Schafiiten Firuzabadi p. 252.

[139]) Vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 142.

rückzuführen ist (Baillie I p. 38 f.); sie ist sicher dann unstatthaft, wenn eine Wittwe oder geschiedene Frau schwanger ist, weil ja die Frau sich in solchen Fällen bis zur Entbindung im Stande des *'idda* befindet.[139]

Unzulässig ist die Ehe mit einer Götzendienerin,[140] zulässig aber die Ehe mit einer Jüdin und Christin (Minhadj II p. 347 f.);[141] dagegen darf eine Moslemin keinen Christen oder Juden heirathen (Baillie I p. 40 f.).[142]

§ 8.

Unzulässig ist die Eheschliessung[143] mit Mutter und Grossmutter, mit Tochter und Enkelin; unzulässig auch mit der Schwester und Nichte, und zwar der Nichte von Bruder wie von Schwester; unzulässig die Ehe mit der Tante und Grosstante, sei es von Vater-, sei es von Mutterseite her. Unzulässig ist die Ehe mit der Stiefmutter und Stiefgrossmutter, unzulässig die Ehe mit der Stieftochter (sofern die Ehe, welche die Affinität begründet, bereits consummirt war), ferner die Ehe mit der Schwiegermutter (ohne Rücksicht auf Konsummation der Affinitätsehe), und ebenso die Ehe mit der Schwiegertochter.[144] Vgl. hierzu Hidaya p. 27 f., Baillie I p. 23 f., Querry I p. 666 f., Baillie II p. 21 f.; Khalil

---

[140]) So ausdrückliche Bestimmung des Koran II 220.

[141]) Vgl. Sircar p. 305. Doch erklärt Khalil (Perron II p. 390) eine solche Ehe als tadelnswerth.

[142]) Vgl. Eherecht S. 13, Friedrichs S. 242. Doch herrschen hier einige Zweifel; vgl. Rumsey p. 336 f. Ueber den Religionswechsel und seinen Einfluss auf die Ehe siehe ausfürlich Querry I p. 676 f. Die Schiiten empfehlen es an, die Mischehen mit Sunniten zu vermeiden (Querry I p. 684). Verschiedene Schiitische Schulen verbieten auch die dauernde Ehe mit Christen und Juden und lassen in dieser Beziehung nur Zeitehen zu, Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 224.

[143]) Koran IV 26 f. (Palmer I p. 75). Vgl. auch Sautayra et Cherbonneau I p. 8. 103 f., Sircar p. 307, Rumsey p. 293 f., Grady p. 239; Eherecht S. 10 f.; Friedrichs S. 247. Dagegen ist die Ehe unter Kousins gestattet.

[144]) Die alten Araber liessen die Ehe mit Stief- und Schwiegermutter zu, Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 220.

[Perron II p. 365 f.], Firudzabadi p. 250, Minhadj II p. 339 f.).

Es genügt natürliche Verwandtschaft, um ein Eheverbot zu begründen (Querry I p. 656, Khalil [Perron II p. 365)].

Ebenso entsteht nach Hanefitischer Anschauung eine die Ehe hindernde Affinität auch durch blosse Fornikation: der *stuprator* darf nicht die Tochter, noch die Mutter der Frau heirathen, mit welcher er sich vergangen hat; ja, nach der Ansicht Vieler genügen auch andere handgreifliche Zärtlichkeiten [145]) (Hidaya p. 29, Baillie I p. 24 f.); bezüglich der Malekiten vgl. Khalil (Perron II p. 366);[146]) nach den Schafiiten genügen solche Zärtlichkeiten nicht (Firudzabadi p. 251); und die Schiiten lassen die Ehe fortbestehen, wenn nach der Ehe eine die Schwägerschaft begründende Fornikation stattgefunden hat (Querry I p. 668 f., Baillie II p. 23 f.).

Die Milchverwandtschaft begründet ein Eheverbot in demselben Umfange, wie die Blutsverwandtschaft (Hidaya p. 28, 67 f.).[147]) Und zwar besteht ein Eheverbot zwischen dem Kind und der säugenden Mutter, und damit indirekt[148]) zwischen dem Kinde und einem anderen von derselben[149]) Mutter gesäugten Kinde; ferner zwischen dem Kinde und den Blutsverwandten der säugenden Mutter; ja zwischen dem Kinde und dem Manne, welcher in der säugenden Mutter

---

[145]) Vgl. Eherecht S. 11. 78. Selbst Zärtlichkeiten mit Männern können eine ehehindernde Affinität begründen (Baillie I p. 25, Querry I p. 672, Baillie II p. 27), vgl. auch Rumsey p. 304.

[146]) Vgl. auch Sautayra et Cherbonneau I p. 106 f.

[147]) Jedoch nach Schiitischer Meinung nur, wenn die Milch nicht aus verbotener Verbindung herrührt (Querry I p. 657).

[148]) Da die Verwandtschaft zweier Milchkinder eine indirekte Folge ihrer Verwandtschaft mit der Mutter ist, so kann der Umstand, dass zwei Kinder durch die Milch eines und desselben Thieres genährt werden, keine Milchverwandtschaft erzeugen (Hidaya p. 71, Baillie I p. 196).

[149]) Jedoch nur wenn die Milch, welche die beiden Kinder bekamen, von demselben Manne herrührt, d. h. wenn es entweder dieselbe Schwangerschaft ist, aus welcher die Milch stammt, oder zwei Schwangerschaften durch einen und denselben Mann (Querry I p. 660, Baillie II p. 17).

die Milch erregt hat: dem Milchvater, und dessen Verwandtschaft.[150])

Auch eine Schwägerschaft entsteht nach gleicher Analogie: der Milchvater darf die Frau des Säuglings nicht heirathen und der Säugling nicht die Frau des Milchvaters. Wohl aber ist die Ehe gestattet zwischen der Amme, dem Milchvater oder ihren Verwandten einerseits und den Blutsverwandten des Kindes (ausser den Deszendenten) andererseits; ferner die Ehe zwischen dem Säugling und den Blutsverwandten seines Milchgeschwisters. Im Einzelnen findet sich hier kasuistisches Detail. Vgl. Hidaya p. 67 f., Baillie I p. 193 f., Khalil [Perron III p. 122], Abu Chodja p. 45, Firuzabadi p. 308 f., Minhadj II. p. 340. Vgl. auch Sircar p. 360 f., Sautayra et Cherbonneau I p. 105, Rumsey p. 295.

Subtile Fragen werden aufgeworfen: wie oft ein Kind an der Brust genährt sein muss? Die Hanefiten lassen ein einziges Mal genügen[151]) (Hidaja p. 67); die Schiiten verlangen ein mindestens 10- oder 15maliges Stillen durch dieselbe Frau, weil dann erst die Milch recht in Fleisch und Knochen übergehe (Querry I p. 568, Baillie II p. 15), die Schafiiten ein 5maliges (Abu Chodja p. 45, Minhadj III p. 67, Firuzabadi p. 308). Ferner wie es sich verhält, wenn ein Kind ausserhalb der üblichen Milchzeit (die bis zu 2 Jahren reicht) an einer Mutter säugt; hier wird die Verwandtschaft geläugnet (Hidaya p. 68 f., Querry I p. 660, Baillie II p. 66 f., Khalil [Perron III p. 121], Firuzabadi p. 309, Minhadj III p. 66.

Ferner wie es sich verhält, wenn die Milch nicht direkt gesäugt, sondern zuerst in ein Gefäss aufgefangen, oder mit anderen Speisen vermischt, oder gar durch eine Klystier eingegossen wird u. s. w. Vgl. Hidaya p. 70 f., Baillie I p.

---

[150]) Daher besteht auch, wenn der Ehemann zwei Frauen schwanger gemacht hat, eine Milchverwandtschaft zwischen dem von der einen und dem von der anderen Frau gesäugten Kinde (Querry I p. 660 f., Baillie I p. 17).

[151]) Vgl. auch Eherecht S. 104; Sircar p. 365; Syed Ameer Ali *Person. Law* p. 221.

196 f., Querry I p. 569 (die Schiiten läugnen hier die Verwandtschaft).

§ 9.

Eine Reihe von Eheverboten bezieht sich auf das Verhältniss der mehreren Frauen zu einander. Man darf nicht zwei Schwestern zur Ehe nehmen,[152]) noch zwei Frauen, welche im Verhältniss zu Tante und Nichte stehen, noch überhaupt zwei Frauen, welche in einer Blutsverwandtschaft zu einander stehen, die, wenn die eine der Frauen ein Mann wäre, ein Eheverbot begründete;[153]) so Hidaya p. 28 f., Baillie I p. 31; so Khalil (Perron II p. 368), Minhadj II p. 342.

Da die Milchverwandtschaft der Blutsverwandtschaft gleichkommt, so entsteht ein Ehehinderniss auch dann, wenn eine Frau die andere (als Kind) säugt, oder wenn beide Frauen (als Kinder) von derselben Amme gesäugt werden: in diesem Falle wird die Ehe mit beiden Frauen vernichtet, im letzteren Falle kann der Mann die eine der Frauen wieder heirathen, im ersteren Falle aber nicht, sofern er der Milchvater des Säuglings geworden ist (Hidaya p. 71, Baillie I p. 198 f., Querry I p. 662 f., Minhadj III p. 72 f.).[154])

Unzulässig ist es auch, eine Sklavin zu heirathen, wenn man bereits eine freie Frau hat,[155]) wogegen, wer eine Sklavin hat, eine Freie hinzu heirathen darf (Hidaya p. 31); heirathet Jemand eine Sklavin und eine Freie zusammen, so bleibt die letztere Ehe bestehen, da die freie Frau das Vorrecht hat (Baillie I p. 36 f., Querry I p. 670).

Ist die freie Frau geschieden, dann kann man eine Sklavin

---

[152]) Werden die zwei Schwestern nach einander zur Ehe genommen, so bleibt die erste Ehe als gültig bestehen; werden sie aber zu gleicher Zeit geheirathet, so sind beide Ehen ungültig; obgleich auch eine Meinung gilt, dass der Ehemann ein Optionsrecht habe (Querry I p. 669, Baillie II p. 24 f.).

[153]) Sircar p. 310. 312, Rumsey p. 296 f.; Eherecht S. 12.

[154]) Doch ist hier im Einzelnen manches kontrovers.

[155]) Nach den Schiiten, Schafiiten und Malekiten gilt dies mindestens dann, wenn die freie Frau nicht ihre Zustimmung giebt (Querry I p. 670). Nicht nur ist in solchem Falle die Ehe mit der Sklavin nichtig, sondern der Zuwiderhandelnde erhält $12\frac{1}{2}$ Peitschenhiebe als Strafe (Querry II p. 496).

heirathen; aber die Scheidung muss eine definitive sein, und auch hier muss nach Ansicht Vieler der Ablauf der *'idda*-Frist abgewartet werden (Baillie I p. 37).

§ 10.

Heirathet Jemand einen Sklaven oder eine Sklavin in der Meinung, dass sie frei seien, so ist die Ehe rescissibel; so die Schiiten (Querry I p. 713 f., Baillie II p. 63); so die Malekiten.[156]) Wird die Ehe vor der Konsummation reszindirt, so wird nichts bezahlt; wenn nachher, so ist der volle *mahr* zu entrichten — ganz nach den oben (S. 28 f.) entwickelten Grundsätzen.

Ganz ähnlich verhält es sich, wenn der eine der Brautleute sich betrüglich einen höheren Rang anmaasst.[157])

Wird die Frau als Jungfrau geheirathet, während sie nicht mehr Jungfrau ist, so ist dies kein Reszissionsgrund, wohl aber kann der Mann einen Theil des *mahr* zurückverlangen; so die Schiiten (Querry I p. 714, Baillie II p. 65); bei den Malekiten ist die Sache zweifelhaft;[158]) auch bei den übrigen Sunniten: vielfach giebt man dem Ehemann ein Reszissionsrecht, wenn er betrüglich getäuscht worden ist.[159])

Die Frau kann im Fall der Impotenz des Mannes eine Lösung der Ehe verlangen,[160]) jedoch bleibt ihr Recht auf den *mahr* bestehen. Auf Antrag des Weibes bestimmt der *kâdhî* ein Probejahr, nach dessen Ablauf derselbe die Lösung der Ehe aussprechen kann (Hidaya p. 126 f., Baillie I p. 347 f., Querry I p. 712 f., Baillie II p. 63, Khalil [Perron II p. 410], Minhadj II p. 363). Diese Lösung ist nicht zulässig,

---

[156]) Sautayra et Cherbonneau I p. 151.

[157]) Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 274.

[158]) Sautayra et Cherbonneau I p. 152.

[159]) Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 275. Auch bei den Arabern ist die Jungfernprobe des blutigen Untergewandes üblich; so mindestens in Algier; vgl. Kocher, *la criminalité chez les Arabes* p. 188 f., Revue de l'Afrique française V p. 162.

[160]) Nach den Schiiten muss die Impotenz eine absolute sein; nach den Sunniten genügt eine Impotenz in Bezug auf die betreffende Frau. Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 398.

wenn der Ehemann erst während der Ehe impotent geworden ist, oder wenn die Frau die Impotenz vor der Ehe gekannt hat (Baillie I p. 350, Minhadj II p. 362).[161] Doch ist bezüglich der nachträglichen Impotenz, sofern sie eine absolute ist, bei den Schiiten auch eine entgegensetzte Meinung vertreten (Querry I p. 708 f., Baillie II p. 59 f.

Die Impotenz ist bei den Hanefiten der einzige Grund, aus welchem die Frau die Ehe reszindiren kann;[162] doch nehmen einige Juristen allerdings auch Wahnsinn, Skrophulosität und andere Leiden des Mannes als Reszissionsgründe an (Hidaya p. 128). Diese Erweiterung findet auch die Zustimmung der Schafiiten (Abu Chodja p. 40, Minhadj Attalibin II p. 361, Tuhfa in Bijdragen p. 404), der Malekiten (Sautayra et Cherbonneau I p. 151); so auch, mindestens bezüglich des Wahnsinns, die Schiiten (Querry I p. 708, Baillie I p. 59).

Was die körperlichen Mängel der Frau betrifft, so ist nach Ansicht Schafiis die Ehe reszissibel im Fall des Aussatzes, der Skrophulosität und einiger anderen Leiden der Frau. Die Folge ist, dass, wenn die Nichtigkeit vor der Konsummation der Ehe geltend gemacht wird, die Zahlung (der Hälfte) des *mahr* unterbleibt (Abu Chodja p. 40, Firuzabadi p. 254, Minhadj II p. 361 f., Tuhfa in Bijdragen p. 405).

Unter den Hanefiten ist eine Ansicht verbreitet, welche den Mann lediglich auf sein Scheidungsrecht verweist (Hidaya p. 128).

Den Schafiiten stimmen die Schiiten bei[163] (Querry I p. 709 f,, Baillie II p. 60 f.); ebenso die Malekiten[164]). Die Reszission findet durch Ausspruch des *kâdhî* statt, welcher eine Frist für die Heilung festsetzen kann.[165])

---

[161]) Vgl. Eherecht S. 82, Sautayra et Cherbonneau I p. 155; Sircar p. 407 f. 410.

[162]) Vgl. Eherecht S. 84.

[163]) Tornauw S. 77.

[164]) Sautayra et Cherbonneau I p. 151.

[165]) Sautayra et Cherbonneau I p. 157.

§ 11.

In der Frage, wer kraft der Mundschaft das Recht habe, die Frau in Ehe zu geben,[166] weist das islamitische Recht die verschiedensten Entwickelungsphasen auf, welche in der Meinung der verschiedenen Rechtsschulen und in den Ansichten der Rechtslehrer vertreten sind.

Die erste Frage ist die, ob eine erwachsene Frauensperson sich selbst in Ehe geben kann. Diese Frage wurde natürlich in älterer Zeit verneint, und die verneinende Entscheidung ist noch vertreten bei den Malekiten und den Schafiiten: nach ihrer Annahme darf keine Frau sich in Ehe geben, auch nicht wenn ihr Mundwalt die Zustimmung giebt; ihr Mundwalt allein ist berechtigt, sie zu verehelichen (Hidaya p. 34, Firuzabadi p. 246, Minhadj II p. 321; Sautayra et Cherbonneau I p. 76. 144; Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 235)[167] Uebrigens hat eine Klasse der Malekiten dieser Bestimmung dadurch die Spitze abgebrochen, dass sie es der Frau gestattet, an Stelle des nach der gesetzlichen Ordnung gerufenen *vâlî's* einen anderen Agnaten als *vâlî* zuzuziehen *(optio tutoris!)*.[168]

Eine fortgeschrittene, den Einfluss der Schiiten bekundende Meinung vertrat Abu Hanifa: die erwachsene Frau kann sich selbst verehelichen und es bedarf dazu nicht einmal der Zustimmung ihres Mundwaltes. Diese Ansicht ging aber so weit, dass seine Schüler ihm nicht oder nur zögernd zu folgen wagten. Von Abu Yusuf werden verschiedene Ansichten überliefert; Mohammed erklärte, dass die Zustimmung des Mundwaltes hinzutreten müsse (Hidaya p. 34; vgl. auch Baillie I p. 54f., Sircar p. 325 f.). Doch folgt die Praxis der freieren Auffassung.[169]

[166] Vgl. hierüber auch Sicé, *Traité des lois Mahométanes* p. 53 f.; Entscheidungen des Appelhofs Alger bei Sautayra et Cherbonneau I p. 63 f.

[167] Vgl. Berg p. 144.

[168] Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 236 f.; Sautayra et Cherbonneau I p. 80 f.

[169] Eherecht S. 18, Grady p. 240. Daher kommt es vor, dass eine Frauensperson, um das selbstständige Verehelichungsrecht zu erwerben, zur Hanefitenschule übertritt; vgl. den Fall bei Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 186 f, und Grady p. 241.

Der Ansicht Abu Hanifa's entsprechen die Schiiten (Querry I p. 647. 650;[170]) doch wird der Frau anempfohlen, die Einwilligung des Vaters, bezw. Grossvaters oder Bruders einzuholen (Querry I p. 655, Baillie II p. 11 f.).

Aber auch die freieste Auffassung sah sich zu einer Konnivenz genöthigt. Es wird nämlich als Prinzip aufgestellt, dass die Ehegatten an Familie, Stand, Vermögen, seelischen Eigenschaften möglichst zu einander passen sollen. Dieses Prinzip ist natürlich, wie bei uns, ein Prinzip des Lebens, kein Prinzip der Jurisprudenz, aber in einem Falle tritt es hervor: hat die Frau ohne ihren Mundwalt eine ihr nicht entsprechende Ehe eingegangen, so kann der Mundwalt vor dem *kâdhî* die Reszission der Ehe begehren (Baillie I p. 67 f.);[171]) hat der Mundwalt die Ehe genehmigt, so ist er mit dem Begehren ausgeschlossen, ebenso dann, wenn die Ehe solange bestanden hat, dass die Frau ein Kind gebar. Bei den Schiiten hat diese Anfechtung wenig Bedeutung, da hier die Ansprüche an Gleichheit bis auf ein Minimum reduzirt sind.[172])

Damit hängt die weitere Frage zusammen, ob, wenn der Mundwalt ein erwachsenes Frauenzimmer verehelicht, der Vertrag an sich bindet, oder ob er nur bindend ist mit Zustimmung der Frauensperson. Die Schafiiten halten einen solchen Vertrag — von Seiten des Vaters und Grossvaters — für bindend, sofern es sich um eine Jungfrau handelt (Firuzabadi p. 246, Minhadj II p. 322). Dasselbe gilt nach Ansicht der Malekiten, Khalîl (Perron II p. 326 f.),[173]) jedenfalls, wenn der Vertrag vom Vater abgeschlossen ist; wenn von einem Vormunde einer Waise, so gilt er, sofern für die Ehe besondere, von dem *kâdhî* zu prüfende Gründe sprechen, Khalil (Perron II p. 329). Uebrigens kann der Vater bei Aufstellung

[170]) Vgl. auch Syed Ameer Ali, ***Person. Law*** p. 185 f. 234. 238.

[171]) Vgl. Eherecht S. 19; Sircar p. 334, Syed Ameer Ali, ***Person. Law*** p. 185 f., Rumsey p. 298 f.

[172]) Syed Ameer Ali, ***Person. Law*** p. 266 f. 268.

[173]) Vgl. auch Sautayra et Cherbonneau I p. 4 f. 342 f., Syed Ameer Ali, ***Person. Law*** p. 182 f., Berg p. 146.

eines testamentarischen Tutors diesem das Verehelichungsrecht übertragen; so die Malekiten.[174])

Nach Hanefitischer Anschauung ist die Verheirathung nur mit Zustimmung der Frauensperson statthaft, mag diese eine Jungfrau oder eine Entjungferte, eine *sâ'iba* sein.[175]) Nur besteht folgender Unterschied. Bezüglich der Jungfrau genügt es, wenn sie auf die Erklärung ihres Mundwaltes hin, welcher ihr die Ehe und den Ehemann kundgiebt, schweigt oder verschämt lächelt; die *sâ'iba* muss ihre Zustimmung ausdrücklich erklären, weil man bei ihr nicht soviel Zurückhaltung annimmt[176]) (Hidaya p. 34f., Baillie I p. 55 f. 60 f., Querry I p. 652 f.). So auch die Malekiten, Khalil (Perron II p. 333).

Doch bricht auch bei den Hanefiten die ursprüngliche Rechtsanschauung in Folgendem durch: Wird eine Frau gezwungen, so ist die Ehe gültig, sofern nur der Ehemann und der bedungene *mahr* entsprechend sind; ist der Ehemann kein ihr angemessener, so kann sie die Reszission der Ehe verlangen, und ist der *mahr* zu klein, so ist ihr derselbe entsprechend zu ergänzen (Baillie I p. 72 f.).

Ein unmündiges Kind (männlichen oder weiblichen Geschlechts) kann von seinem Mundwalt verehelicht werden;[177]) doch bestehen auch hier Unterschiede; aber in entgegengesetzter Richtung. Nach Malik hat nur der Vater,[178]) nach Schafii nur der Vater und Grossvater dieses Recht;[179]) nach den Hanefiten dagegen jeder Mundwalt der väterlichen Linie. Jedoch statuiren die Hanefiten hierbei sofort eine karakteristische Korrektur: ist die Ehe durch den Vater oder Grossvater abge-

[174]) Vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 344.

[175]) Sircar p. 325 f., Rumsey p. 315 f.

[176]) Dieser Unterschied beruht auf einer Tradition vom Propheten her; vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 88.

[177]) Nicht aber ein noch nicht geborenes Kind (Querry I p. 649). Das Verehelichungsrecht ist das Recht des *jabr*.

[178]) Khalil (Perron II p. 326 f.), Sautayra et Cherbonneau I p. 67.

[179]) Vgl. Tuhfa in Bijdragen p. 401. Ebenso die Schiiten: jeder andere als Vater und Grossvater ist ein ***fuzûlî***, d. h. eine unautorisirte Person, so dass erst kraft Ratifikation des Mundwaltes oder des ***pubes*** selbst eine Ehe zu Stande kommt; vgl. Syed Ameer Ali p. 270.

schlossen worden, so ist sie unbedingt bindend;[180]) wenn durch einen Anderen, so kann der verehelichte Theil, sobald er volljährig wird, von der Ehe zurücktreten: er hat das Optionsrecht und kann verlangen, dass die Ehe gerichtlich gelöst wird; er kann es, solange er nicht die Erklärung gegeben hat, in der Ehe verharren zu wollen (Hidaya p. 36 f., Baillie I p. 50 f.);[181]) ist die Frau noch eine Jungfrau, so hat sie alsbald nach Erscheinen der Menses die Trennung zu erklären,[182]) sonst bleibt die Ehe bestehen (Baillie I p. 52 f.). Bis zur Gegenoption gilt die Ehe als Ehe: stirbt das betreffende Kind vor der Optionszeit, so ist es in der Ehe verstorben. Anders wäre es, wenn die Ehe nicht von dem Mundwalte, sondern nur von einem *negot. gestor* abgeschlossen worden wäre: denn in diesem Falle käme die Ehe erst durch Ratihabition zu Stande.[183])

Aehnlich, wie mit Unmündigen, verhält es sich mit Geisteskranken: in gleicher Weise auch hier Optionsrecht nach Erlangung geistiger Gesundheit.[184])

Die Ehe soll mit einer Frau nicht konsummirt werden, bevor sie das neunte Jahr zurückgelegt hat (Querry I p. 644).[185])

Die Mundwaltschaft ist, wie bereits oben bemerkt, in der Hand des Vaters und der väterlichen Verwandten, Khalil (Perron II p. 330; Minhadj II p. 323). Abu Hanifa ging weiter und gab in Ermangelung väterlicher Verwandten die Mundschaft der Mutter und den uterinen weiblichen Verwandten;[186]) doch fand auch diese Annahme Widerstand, und selbst

---

[180]) Es müsste denn sein, dass der Vater *mala fide* zum offenbaren Nachtheil des Kindes gehandelt hätte; vgl. Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 183 f.; oder dass er eine wenig qualifizirte Person ist; vgl. Eherecht S. 16 f.

[181]) Vgl. Eherecht S. 17. 81 f.; Rumsey p. 321 f., Grady p. 240, Sircar p. 321. 324. Bezüglich der Schiiten vgl. Querry I p. 654; Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 90.

[182]) Sie soll es, sobald sie das Blut sieht, vgl. Sircar p. 321.

[183]) Rumsey p. 323; dies ist besonders wichtig wegen des Erbrechts.

[184]) Sircar p. 325.

[185]) Nicht selten führt zu frühe Konsummation der Ehe zum Tode; vgl. Kocher, *criminalité chez les Arabes* p. 187 f.

[186]) Vgl. Sircar p. 329. 331, Rumsey p. 319 f.

seine Schüler, namentlich Mohammed, waren dagegen (Hidaya p. 38f., Baillie I p. 46); ebenso die Schafiiten[187]) und die Malekiten.[188]) Auch die Schiiten gestatten kein Verheirathungsrecht der Mutter.[189])

Das Weib tritt durch die Ehe in die Mundschaft der Familie ihres Ehemannes, ihr Sohn ist (nach des Ehemanns Tod) ihr nächster Mundwalt (Baillie I p. 45); doch wird dies vielfach nicht anerkannt.[190])

Unter den Verwandten gehen die näheren den ferneren vor; Khalil (Perron II p. 330); doch nehmen die Hanefiten an, dass bei Abwesenheit eines ferneren Verwandten der nähere an die Reihe kommen könne[191]) (Hidaya p. 39, Baillie I p. 49 f.), ebenso die Malekiten, sobald die Entfernung eine beträchtliche ist, Khalil (Perron II p. 336 f.).[192]) Mehrere gleich nahe Mundwälte haben gleiche Rechte: jeder handelt solidarisch (Baillie I p. 49);[193]) nach den Schafiiten entscheidet unter den gleich nahen Mundwälten das Loos (Firuzabadi p. 247).

An letzter Stelle tritt die Obrigkeit ein (Baillie I p. 46 f., Khalil [Perron II p. 331]).

Bei einer Freigelassenen steht die Mundschaft dem *manumissor* zu (Hidaya p. 39), eventuell den väterlichen Verwandten des *manumissor* (Baillie I p. 46).

---

[187]) Vgl. Abu Chodja p. 39, Firuzabadi p. 247.

[188]) Vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 77 f. Namentlich hat nach den Malekiten die Mutter kein Verehelichungsmundrecht, *ib.* I p. 143 f.

[189]) Vgl. Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 193.

[190]) Tuhfa in Bijdragen p. 401; vgl. auch Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaften V S. 358.

[191]) Vgl. Sircar p. 332, Rumsey p. 320. Welche Abwesenheit kommt hierbei in Betracht? Vgl. darüber Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 188 f.

[192]) Doch besteht hier viel Streit; insbesondere ob eine Ehe nichtig sei, wenn sie nicht von dem nächstgerufenen *vâli* abgeschlossen ist; vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 79 f., wo auch Jurisprudenz. Ueber die *optio tutoris* vergleiche oben S. 42.

[193]) Vgl. auch Eherecht S. 16.

§ 12.

Der Ehemann soll seine Gunst unter die verschiedenen Frauen möglichst gleichheitlich vertheilen;[194]) wenn er auf Reisen geht, hat er die Wahl, welche Frau er mit sich nimmt; doch gilt es auch hier als lobenswerth, wenn er die Wahl durch das Loos bestimmen lässt (Hidaya p. 66 f., Baillie I p. 189 f., Querry I p. 731 f., Baillie II p. 83 f., Khalil [Perron II p. 503], Abu Chodja p. 40 f., Minhadj II p. 401 f., Firuzabadi p. 267 f., Tuhfa in Bijdragen p. 406).

Die Kohabitation soll nicht über 4 Monate hinausgeschoben werden (Querry I p. 644, II p. 85 f., Baillie II p. 149). Nach Ablauf von 4 Monaten kann die Frau verlangen, dass der Ehemann entweder ihr beiwohne oder sich von ihr scheide, und der Richter kann durch Einsperrung erzwingen, dass der Ehemann die Wahl treffe (Querry II p. 85 f., Baillie II p. 149).

Es gilt als tadelnswerth, den Zeugungsakt nicht zu vollenden; doch tritt, wenn beide Ehegatten übereinstimmen, keine Rechtsfolge ein; stimmt aber die Ehefrau nicht zu, so hat sie ein Anrecht auf eine Strafsumme (Querry I p. 643 f.). Bei der Zeitehe der Schiiten besteht diese Beschränkung nicht (Querry I p. 494, Baillie II p. 43).

Die Ehegatten sind beide einander zur Treue verpflichtet.[195])
Die Ehefrau muss dem Ehemann an seinen Wohnsitz folgen [196])

Ist die Frau widerspenstig, so hat der Mann ein mässiges Züchtigungsrecht; so die Schiiten (Querry I p. 737, Baillie II p. 88); so Khalil [Perron II p. 509 f.], Abu Chodja p. 41, Firuzabadi p. 269, Minhadj II p. 406.[197])

Im Ehevertrag kann gültig bedungen werden, dass der Ehemann keine zweite Frau nehme, solange er die erste hat; ebenso kann bedungen werden, dass der eheliche Wohnsitz nicht

---

[194]) Vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 16 f. 180 f., Eherecht S. 41 f., Berg p. 151.

[195]) Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 279.

[196]) Syed Ameer Ali, *ib.* p. 286 f.

[197]) Vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 191 f.; Eherecht S. 55.

ohne Zustimmung der Frau verändert werden darf.[198]) Dagegen sind Gedinge, welche mit dem Wesen der Ehe im Widerspruch stehen, z. B. dass die Frau nicht bei dem Manne wohnen soll, nichtig (Firuzabadi p. 235).

Der Ehemann ist verpflichtet, die Frau zu unterhalten. Die Art des Unterhalts bestimmt sich nach den beiderseitigen Rang- und Vermögensverhältnissen, insbesondere nach denen des Mannes. Der Unterhalt ist zu leisten, sofern die Frau sich dem Manne nicht entzieht;[199]) verweigert aber die Frau die Beiwohnung, weil der *mahr* noch nicht entrichtet ist, so darf der Mann den Unterhalt nicht versagen, da die Frau hierbei im Rechte ist[200]) (Hidaya p. 140 f., Khalil [Perron III p. 136 f., Minhadj III p. 78 f. 85 f.).

Eine Unterhaltsrente ist keine fixe Obligation; sie wechselt nach den Rang- und Vermögensverhältnissen,[201]) sie erlischt mit dem Tode der Frau, sodass sie auch, soweit verfallen, nicht nachbezahlt zu werden braucht; auch kann die Frau nicht die nachträgliche Leistung von Raten verlangen, nachdem der entsprechende Termin längere Zeit (etwa einen Monat) verstrichen ist. Die Unterhaltspflicht des Ehemannes ändert ihre Qualität, sobald sie durch den Richter festgesetzt und die Rente fixirt ist (Hidaya p. 142 f.);[202]) bei sonstigen gesetzlichen Unterhaltspflichten erlischt das Recht auf die Unterhaltsrente

---

[198]) Vgl. Syed Ameer Ali, ***Person. Law*** p. 248. Doch verlangt man hierzu schriftliche Fassung; *ib.* p. 287. Vgl. auch Revue de l'Afrique française V p. 158.

[199]) Auch wenn die Ehefrau im Gefängniss ist, z. B. wegen Schulden, so dass der Ehemann nicht zu ihr kann, besteht keine Alimentationspflicht, sie müsste denn wegen Schulden an den Ehemann inhaftirt sein (Baillie I p. 443 — anders Khalil [Perron III p. 142]); wohl aber besteht Alimentationspflicht, wenn die Frau krank ist und deshalb nicht beiwohnen kann. Ist aber die Frau so jung, dass eine Geschlechtsverbindung noch nicht statthaft ist, so besteht gleichfalls noch keine Alimentationspflicht (Querry I p. 748, Baillie II p. 97); vgl. auch Sircar p. 449. Anders wenn es die Jugend des Mannes ist, welche die Geschlechtsverbindung hindert.

[200]) Vgl. Sircar p. 448 f.; Eherecht S. 44.

[201]) Vgl. Sircar p. 450 f.

[202]) Eherecht S. 52 f.; Sautayra et Cherbonneau I p. 187 f.; Sircar p 451 f.

durch Zeitablauf, auch wenn dieselbe durch den *kâdhî* festgesetzt ist, weil die sonstigen Unterhaltspflichten nur im Falle des Bedürfnisses vorliegen und dieses Bedürfniss in solchem Falle als nicht gegeben erscheint; anders die Unterhaltspflicht gegenüber der Frau, weil diese nicht davon abhängt, ob die Frau arm oder reich ist (Hidaya p. 149); vgl auch Sircar p. 471.

Eine Vereinbarung über die Unterhaltsleistung kann angefochten werden, wenn sie mit den Verhältnissen in starkem Widerstreit steht (Baillie I p 451 f., vgl. auch p. 463).

§ 13.

Die Apostasie löst die Ehe von selbst auf, denn der Apostat ist nicht mehr unter den gesetzlich Lebenden. Apostasiren beide und kehren sie zusammen wieder zum Glauben zurück, so wird *per favorem* angenommen, dass die Ehe niemals gelöst war (Hidaya p. 66 und 102).[203]

Die Ehescheidung steht dem Manne[204] zu und heisst *talâk;* sie ist in das freie Ermessen des Mannes gelegt und bedarf keiner gerichtlichen Bestätigung;[205] wohl aber giebt das islamitische Recht Vorschriften, um vor Uebereilung und vor den Folgen momentaner Stimmungen zu wahren.[206] Zunächst kann nur der Volljährige und geistig Gesunde eine Ehescheidung erklären, ein Minderjähriger auch nicht mit Genehmigung des Tutors (Hidaya p. 525).[207] Sodann gelten folgende Bestimmungen: die Ehescheidungserklärung setzt voraus, dass sie während eines *tuhr*, d. h. in der Zwischenzeit zweier weiblichen Perioden gemacht wird, ohne dass seit der Periode eine Beiwohnung stattfand; und die Ehescheidungserklärung in dieser

[203]) Vgl. Eherecht S. 77 f.; Kennedy p. 152.

[204]) Vgl. zum Folgenden Koran LXV und IV 129. In der vorislamitischen Zeit wurde vielfach auch ein Scheidungsrecht der Frau anerkannt; vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 275.

[205]) Auch keines probablen Motives, vgl. Sircar p. 389, Grady p. 258.

[206]) Eine andere faktische Schranke liegt in der Nothwendigkeit, der Frau bei der Scheidung den vollen *mahr* zu bezahlen, welcher daher auch in entsprechender Höhe festgesetzt zu werden pflegt.

[207]) Sircar p. 389, Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 337 f. Dagegen kann der Vormund eines Wahnsinnigen die Scheidung bewirken.

Zwischenzeit scheidet die Ehe noch nicht unwiderruflich; die Frau muss nach dieser wie nach jeder Scheidung einen *'idda*, d. h. eine Sicherheitsfrist abwarten, welche die Dauer von drei weiblichen Perioden beträgt. Innerhalb dieser Sperrfrist kann sie der Mann wieder zu sich nehmen; erst nach Ablauf des *'idda* wird die Scheidung definitiv.[208]) Die Rücknahme der Frau heisst *rij'a* und kann *verbis* oder *facto* erfolgen, letzteres insbesondere durch Kohabitation (Hidaya p. 103 f., Baillie I p. 287 f.).[209]) Die Rücknahme kann vor Zeugen oder ohne Zeugen erfolgen: die Malekiten halten den Zuzug von Zeugen für nothwendig (Hidaya p. 104) — mindestens für korrekt, Khalil (Perron II p. 627); die Hanefiten für lobenswerth, Sircar p. 442. Schafii gestattet die Kohabitation nicht als *rij'a*-Form, sondern lässt die Kohabitation erst nach erfolgtem *rij'a* zu (Hidaya p. 103. 107, Minhadj II p 473); findet daher eine Kohabitation statt ohne vorherigen *rij'a*, so muss der Mann dafür einen *mahr* bezahlen. Doch wird ihm dies von manchen erlassen, wenn er die Frau hintennach zurücknimmt (Firuzabadi p. 283).

Neben dieser regulärsten Art der Scheidung hat sich eine zweite Form herangebildet, indem der Mann während drei *Tuhr*-Fristen jeweils die Talakerklärung wiederholt. Durch die dreimalige Erklärung wird der *talâk* vor Ablauf des *'idda* definitiv, sodass der Ehemann nicht mehr die Möglichkeit hat, die Frau zu sich zu nehmen und die Ehescheidung ungeschehen zu machen. Hat die Frau noch keine Periode, so treten an Stelle der drei *tuhr* drei Monate.

Diese Art der Scheidung beruht auf dem Satze, dass eine dreimal geschiedene Frau dem Manne versagt sein soll — vergleichbar dem dreimaligen Verkauf des Hauskindes im römischen Recht: diesen Satz hat man, wie im römischen Recht ausgebeutet, indem man drei Scheidungserklärungen aufeinander folgen liess.

Die eben beschriebene Art der Scheidung wird von den meisten Rechtsschulen noch als gute und löbliche erachtet;

[208]) Vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 300 f.

[209]) Vgl. Sircar p. 441; Eherecht S. 63; Tornauw S. 167.

nicht so die dritte, welche sich durch das Bestreben herangebildet hat, die unvermeidlichen Fristen abzukürzen: der Ehemann spricht die drei Talakerklärungen während einer und derselben *Tuhr*-Frist aus — oder gar, er äussert sie in einem und demselben Zuge, in einem und demselben Satze. Diese Scheidung hat — nach den Hanefiten — die Wirkung des dreimaligen *talâk*, sie scheidet sofort definitiv — aber sie ist nicht lobenswerth und es ist eine Sünde, ein moralisches Verfehlen, wenn sich der Ehemann derselben bedient.[210]

War man einmal soweit, so war es nur ein Schritt, zu sagen, dass der Ehemann auch durch eine besonders energische Erklärung den *talâk* zu einem unwiderruflichen machen könne, also durch die Erklärung: ich scheide mich definitiv, ich scheide mich unwiderruflich. Diesen Schritt hat man wirklich gethan; so die Hanefiten (Hidaya p. 82, Baillie I p. 205 f. 231 f.), so auch die Malekiten, Khalil (Perron II p. 543. 561 f.).[211]

Und ebenso hat man den Schritt gethan, dass eine Scheidungserklärung auch dann als eine gültige angesehen wurde, wenn dieselbe nicht innerhalb eines *tuhr*'s ausgesprochen worden war: auch hier ist die Erklärung gültig, aber sündhaft. Bezüglich eines Weibes, mit welchem man keine Kohabitation gepflogen hat, ist es gleich, ob die Ehescheidung innerhalb eines *tuhr* stattfindet oder während ihrer Periode (Baillie I p. 206 f.); in diesem Falle ist auch die Scheidung sofort eine definitive, da hier keine *'idda*-Frist stattfindet (Baillie I p. 227).

Obgleich die verstossene Frau den *'idda* abwarten muss und während desselben vom Manne zu erhalten ist, so bewirkt die definitive Verstossung doch eine sofortige Lösung der Ehe: stirbt die Frau, so beerbt der Mann sie nicht (Baillie II p. 294).[212] Dasselbe sollte auch bezüglich der Erbschaft des

[210]) Die Annahme dieses Standpunktes war eine bedenkliche Abweichung von den löblichen Tendenzen des Propheten, welche auf die Erhaltung der Ehen abzielten; aber die Sitten der Araber drängten dahin. Vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 278. Ueber die Schiiten vgl. unten S. 56.

[211]) Vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 287.

[212]) Anders ist es bei der imperfekten Verstossung, bei welcher das Erbrecht erst nach Ablauf des *'idda* zessirt (Baillie II p. 294).

Mannes gelten; aber hier hat man eine leicht erklärliche Ausnahme statuirt: verstösst ein Todtkranker seine Frau — wenn auch definitiv — so beerbt ihn die Frau dennoch, sobald nur der Tod vor Ablauf des *'idda* erfolgt — es soll nicht statthaft sein, die Frau an der Schwelle des Todes zu enterben.[213]) Anders ist es nur, wenn die Ehescheidung mit Willen der Frau stattfindet, insbesondere wenn in der *Khul'a*-Form (Hidaya p. 99f.);[214]) ferner dann, wenn die Ehescheidung bedingt ausgesprochen wurde und die Bedingung in der Willkür der Ehefrau liegt (Hidaya p. 101 f.).[215])

Ist die Verstossung auf dem Sterbebett keine definitive, so erbt die Frau in jedem Falle (Hidaya p. 103): denn die Lösung der Ehe tritt erst mit Ablauf des *'idda* ein.[216])

Diesem Gedanken entspricht es auch, dass, wer 4 Frauen hat und die eine widerruflich verstösst, eine weitere Frau erst heirathen kann, nachdem der *'idda* abgelaufen und die Verstossung dadurch definitiv geworden ist (Querry I p. 673, Baillie I p. 28).

Auch darin zeigt sich der Unterschied zwischen der widerruflichen und der definitiven Scheidung, dass eine geschiedene Sklavin, wenn sie nach der Scheidung freigelassen wird, im ersteren Fall den *'idda* einer Freien, im letzteren dagegen, da die Scheidung bereits perfekt ist, nur die durch die Scheidung bereits erwachsene *'idda*-Periode einer Sklavin auszuhalten hat (Hidaya p. 129, Querry II p. 33 f., Baillie II p. 167 f.).

Uebrigens ist immer noch ein grosser Unterschied zwischen einer einfachen definitiven Scheidung und einer Scheidung durch dreimalige *Talâk*-Erklärung. Ist auch die Scheidung unwider-

---

[213]) Aehnlich die Schiiten, jedoch mit der Erweiterung, dass die Frau erbt, wenn der Mann innerhalb eines Jahres stirbt, Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 90. 350; Grady p. 150. Vgl. auch unten S. 57.

[214]) Vgl. Sircar p. 393; Eherecht S. 92.

[215]) Nach Analogie geht auch umgekehrt das Erbrecht des Mannes nicht unter, wenn zwar die Ehe bei Lebzeiten durch Apostasie der Frau gelöst wird, wenn aber diese Apostasie der Frau erst auf ihrem Sterbebette erfolgt (Baillie I p. 711).

[216]) Vgl. auch Sautayra et Cherbonneau II p. 124; Sircar p. 395; bezüglich der Schiiten, Grady p. 150.

ruflich, so können sich beide Theile nochmals heirathen — nur bedarf es dazu einer neuen Ehe; ist aber die Scheidungserklärung dreimal erfolgt, so dürfen beide einander nicht wieder heirathen; sie dürfen es erst wieder, wenn die Frau unterdessen mit einem anderen Manne verheirathet und die Ehe konsummirt gewesen ist[217]) (Hidaya p. 107 f., Baillie I p. 292 f., Abu Chodja p. 42, Khalil [Perron II p. 376]).

Jedoch hat die dreimalige Repudiation diese Sperrwirkung nur, wenn die Ehe eine gültige war — denn nur da ist von einer gültigen Repudiation die Rede (Baillie I p. 293).[218]) Und ist die Ehe mit der Frau nicht konsummirt worden, so ist eine dreimalige Scheidung nur in der Art möglich, dass alle drei Scheidungen sofort ausgesprochen werden; denn da bereits eine Scheidung die Ehe definitiv löst, so hätten zwei zeitlich darauf folgende Scheidungen keine Wirkung mehr.[219])

Bei einem Sklaven wirken zwei Scheidungen, was bei einem Freien drei, entsprechend dem Satze, dass der Sklave halbes Recht hat (Firuzabadi p. 275, Minhadj II p. 344); ebenso was die Sklavin betrifft.[220])

Der *talâk* kann auch schriftlich erfolgen;[221]) ein blosses Schreiben perfizirt den *talâk*, auch bevor der Brief zur Frau gelangt; es kann aber dieses zur Bedingung gesetzt werden (Baillie I p. 234, Minhadj II p. 428 f.). Dabei geben die Islamiten eine Entscheidung, welche an haarsträubender Dialektik ganz an die römische Prälegatentheorie streift Der Ehemann schreibt an die Frau einen Brief und fügt bei: wenn dieser Brief an Dich gelangt, so sollst Du geschieden sein;

---

[217]) *Penetration after the second marriage is a positive condition, but not emission* (Baillie I p. 292). Vgl. auch Eherecht S. 66. Diese Einrichtung führt zu der Uebung, sich nur momentan mit einem zweiten Manne zu verehelichen, um sofort geschieden zu werden, auf dass die Rückkehr zu dem ersten Manne ermöglicht werde. Dies gilt nicht als unwirksam, aber eine solche Momentanehe wird streng gemissbilligt, vgl. Sircar p. 444.

[218]) Sircar p. 446.

[219]) Vgl. Sircar p. 387 f. Ein Beispiel orientalischer Spitzfindigkeit;

[220]) Vgl. Sircar p. 443.

[221]) Vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 289; Sircar p. 392; Eherecht S. 59.

streicht er den Brief im übrigen durch und lässt die Ehescheidung bestehen, so tritt keine Ehescheidung ein, denn die Bedingung defizirt, da ja der Brief nicht an die Frau gelangt. Streicht er aber die Scheidungserklärung durch und lässt im übrigen den Brief bestehen, so ist die Scheidung wirksam; denn sie ist ja wirksam mit dem blossen Schreiben, allerdings unter einer Bedingung — aber diese Bedingung ist eingetreten, der Brief ist an die Frau gelangt (Baillie I p. 234)! *Probatum est!*

Das islamitische Recht kennt[222]) eine Ehescheidung *communi consensu*, indem der Ehemann sich nicht scheidet, sondern nur der Frau eine Scheidung vorschlägt, welche dieselbe annehmen kann; die Annahme aber muss *in continenti* geschehen (Firuzabadi p. 275), oder mindestens bevor die Frau ihren Platz verlassen hat und zu einem anderen Geschäft übergegangen ist[223]) (Hidaya p. 87. 90, Baillie I p. 238 f., Khalil [Perron II p. 600 f.], Minhadj II p. 429 f.). Der Ehemann kann der Frau aber auch eine Bedenkfrist geben, innerhalb welcher dieselbe sich erklären kann (Hidaya p. 89f., Baillie I p. 245). Die Frist kann in beliebiger Länge festgesetzt werden; auch in der Art, dass die Frau variiren, und wenn sie zuerst eine Gegenerklärung abgegeben, nachträglich doch auf die Scheidung zurückkommen kann (Hidaya p. 93, Firuzabadi p. 276). Dieses geht über die Grenzen des Vertragsrechts hinaus — offenbar ein Mittel, um durch die Form des Vertrages der Frau zur Hülfe zu kommen und ihr auch ein Ehescheidungsrecht zu geben.[224]) Stimmen die Erklärungen beider in der Hauptsache überein, so jedoch, dass sie in einem Nebenpunkt auseinandergehen, so entscheidet die Erklärung des Mannes; so insbesondere wenn der Ehemann eine unwiderrufliche, die Ehefrau eine widerrufliche Scheidung gewollt hat — und *vice versa* (Hidaya p. 92).[225])

---

[222]) Auch abgesehen von dem unten zu behandelnden *khul'a*.

[223]) Vgl. Sircar p. 395 f.; Eherecht S. 69 f.

[224]) Doch haben die Malekiten dieser Einrichtung dadurch die Spitze abgebrochen, dass sie ein Recht des *kâdhi* statuiren, die Frau zur alsbaldigen Erklärung zu sommiren; vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 291.

[225]) Vgl. Sircar p. 421; Eherecht S. 70.

Eine Zusammenstimmung beider Erklärungen liegt aber dann nicht vor, wenn der Ehemann die Ehescheidung in den Willen der Frau legt und diese wiederum in den Willen des Mannes, weil in solchem Falle die Frau in der That gar keine zusammenstimmende Erklärung abgiebt (Hidaya p. 93).

Eine seltsame Einrichtung ist es, dass die Ehescheidung in die Zukunft gestellt werden kann, und dies selbst in der Art, dass die Erklärung auf successive Zeiten gerichtet wird, z. B. du sollst am ersten jeden Monats geschieden werden — dann tritt jeweils mit dem ersten eines Monats eine Scheidung ein, und mit dem ersten des dritten Monats eine dritte und letzte (Baillie I p. 219 f). Auf diesem Wege kommt man sogar zu der generellen Scheidung: „die Ehe mit jeder künftigen Frau, die ich heirathe, soll geschieden sein“, doch sah man sich hier genöthigt, einige Beschränkungen zu statuiren, Khalil [Perron II p. 552 f].[226])

Eine fernere seltsame Einrichtung ist es, dass die Ehescheidung auch unter einer Bedingung geäussert werden kann; z. B. die Ehe soll geschieden sein, wenn die Frau ein bestimmtes Haus betritt (Firuzabadi p. 279 f., Minhadj II p. 454 f.).[227]) Ja, die Hanefiten gehen so weit, eine Ehescheidung selbst vor der Ehe zuzulassen, so dass also ein Unverheiratheter zu einem Weibe sagen kann: wenn ich dich heirathe, soll die Ehe geschieden sein. Schafii ist anderer Ansicht (Minhadj II p. 436, Baillie I p. 266 f., Khalil [Perron II p. 585], Hidaya p. 94 f.).[228]) Auch dieser Gedanke ist von den Islamiten in äusserst scholastischen Formen ausgebildet worden (vgl. Baillie I p. 263 f.) — auf welche wir nicht weiter

[226]) Sautayra et Cherbonneau I p. 284.

[227]) Vgl. Eherecht S. 60. 67; Sautayra et Cherbonneau I p. 296 f. Gewöhnlich geschieht eine solche Repudiation eidlich.

[228]) In diesem Falle nimmt man an, dass die Ehe einen Moment gedauert hat, weshalb das sofort gezeugte Kind als in der Ehe gezeugt gilt (Hidaya p. 134). Eine bedingte Ehescheidung an eine Unverheirathete gilt übrigens nur, insofern die Scheidung auf den Fall des Verheirathetseins gestellt ist, nicht wenn sie einfach auf ein Ereigniss geht, welches zufällig nach der Eheschliessung mit dieser Frau zutrifft; vgl. Eherecht S. 67 f.

eingehen.[229]) Eine wichtige Anwendung dieses Gedankens ist die Bestärkungsformel, dass die Ehe geschieden sein solle, wenn man eine bestimmte Handlung vollziehe.[230])

Noch seltsamer ist es, dass die Scheidung in den Willen eines Dritten gelegt werden kann, so dass eine Erklärung dieses Dritten die Scheidung bewirkt[231]) (Baillie I p. 246 f., Firuzabadi p. 279); ja sogar die Erklärung eines *negotiorum gestor* wirkt, sobald Ratihabition hinzutritt (vgl. Baillie I p. 248). Eine interessante Anwendung dieses Satzes ist es, dass der Ehemann dem Gläubiger für den Fall der Nichtzahlung der Schuld da Recht giebt, die Frau von ihm zu scheiden (Baillie I p. 251)!

§ 14.

In vielen Beziehungen weicht die Lehre der Schiiten ab, und sie weicht ab zum Besseren.

Die Schiiten erkennen den in einem Zuge gesprochenen dreimaligen *talâk* nicht an (Querry II p. 8 f., Baillie II p. 115). Sie erklären ferner die Scheidung, welche nicht innerhalb eines *tuhr*'s geschieht, nicht nur für tadelnswerth, sondern für ungültig. Sie verlangen, dass die Ehescheidung ausdrücklich geschehe;[232]) sie verlangen den Zuzug zweier (zugleich anwesender) männlichen Zeugen (Querry II p. 11 f. 467, Baillie II p. 117 f.)[233]) — nicht auch zu dem *rij'a*, bezüglich dessen der Zeugenzuzug nur als empfehlenswerth betrachtet wird (Querry II p 21, Baillie II p. 127). Endlich verwerfen die Schiiten die bedingte Ehescheidung (Querry II p. 8, Baillie II p. 114 f.)[234]) und die schriftliche Scheidung (Querry II p. 7, Baillie II p. 113 f.).

Der dreimalige *talâk* hat auch bei den Schiiten die be-

---

[229]) Der *rij'a* kann nicht unter einer Bedingung stattfinden (Baillie I p. 289; Firuzabadi p. 284); vgl. auch Sircar p. 441; Eherecht S. 63.

[230]) Vgl. den Fall bei Sautayra et Cherbonneau I p. 280.

[231]) Vgl. Sircar p. 403 f.

[232]) Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 339.

[233]) Vgl. auch Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 345; Tornauw S. 170.

[234]) Vgl. Tornauw S. 170.

kannte Sperrwirkung, so dass man die dreimal Verstossene nur dann wieder heirathen kann, wenn sie unterdessen einen anderen Mann gehabt hatte (Querry II p. 18 f., Baillie II p. 124 f.). Die Ehe mit diesem Manne muss eine Dauerehe (keine Zeitehe) gewesen und sie muss konsummirt worden sein. Sollte aber diese Machination mit dreimaligen Verstossungen und Zwischenheirathen dreimal wiederholt worden sein, dann wäre die Ehe zwischen beiden Theilen absolut ausgeschlossen (Querry I p. 674, Baillie II p. 28).

Bezüglich der Ehescheidung auf dem Todtenbette gelten die Hanefitischen Grundsätze, jedoch mit der Modifikation, dass das Erbrecht der Frau auch nach der *'idda*-Frist besteht, sofern nur der Mann während eines Jahres von der Ehescheidung an gerechnet an der Krankheit stirbt (Querry II p. 16 f., Baillie II p. 122). Vgl. auch oben Note 213. 216.

Soweit die Schiiten.

§ 15.

Einige spezielle Ehescheidungsformen sind noch in Betracht zu ziehen. Zunächst die *'îlâ*-Form.[235]) Der Ehemann schwört, der Frau nicht mehr beiwohnen zu wollen — entweder absolut oder für eine Frist von 4 Monaten oder darüber. Die *'îlâ*-Form gilt mit Ablauf der 4 Monate, sobald sich der Ehemann wirklich enthalten hat,[236]) als unwiderrufliche Scheidung;[237]) enthält sich der Mann nicht, so wird die Scheidung nicht perfekt, aber er muss für den Gelöbnissbruch Busse thun (Hidaya p. 109 f.). Während aber sonst die Ehescheidung auch *ante matrimonium* (unter einer Bedingung) erklärt werden kann, so ist die *'îlâ*-Erklärung vor der Ehe nichtig (Hidaya p. 111).

---

[235]) Koran II 226. 227. Vgl. auch Sautayra et Cherbonneau I p. 40 f. 309 f.; Berg p. 152.

[236]) Wie, wenn der Ehemann sich zwar enthalten hat, aber in Folge von Krankheit und wenn er in der Zwischenzeit erklärt hat, dass er zu seinem Weibe zurückkehren wolle? Hier wird in mehrfacher Weise unterschieden (Baillie I p. 302 f.).

[237]) Die Scheidung tritt von selbst ein ohne richterlichen Ausspruch, Sircar p. 406; Eherecht S. 65 f. 76.

Statt der 4 Monate gelten bei dem Sklaven 2 (Baillie I p. 296).[238])

Auch der *'îlâ* kann dreimal wiederholt werden, und wenn von der spätesten Erklärung 4 Monate verflossen sind, ist die Scheidung nicht nur definitiv, sondern sie trennt auch die Ehegatten wie ein dreimaliger *talâk* (Baillie I p. 302).

Soweit die Hanefiten. Die Schafiiten, Malekiten und die Schiiten erkennen den *'îlâ* nicht als eine von selbst wirkende Scheidung an: nach ihrer Auffassung hat lediglich nach Ablauf von 4 Monaten die Frau das Recht, den Ehemann zu verklagen, auf dass er ihr beiwohne oder sich von ihr scheide. So bezüglich der Schafiiten: Abu Chodja p. 42 f., Firuzabadi p. 286, Minhadj Attalibin III p. 5 f.; bezüglich der Schiiten vgl. Querry II p. 85 f., Baillie II p. 148 f., bezüglich der Malekiten Khalil [Perron] III p. 3 f. 16.[239])

Khul'a[240]) ist die Scheidung gegen Gegenleistung;[241]) also eine Scheidung, welche der Mann ausspricht, gegen eine von der Frau ihm zu leistende pekuniäre Vergütung. Diese Form hat immer den Karakter einer unwiderruflichen Scheidung[242]) —

---

[238]) Sautayra et Cherbonneau I p. 311.

[239]) Vgl. auch Tornauw S. 174, Sautayra et Cherbonneau I p. 41. 313. Wird der Ehemann krank oder gefangen, so scheidet der *kâdhî* nicht sofort die Ehe, sondern er berücksichtigt die Umstände des einzelnen Falles.

[240]) Das Institut stützt sich auf Koran II 229: *It is not lawful for you to take from them* (sc. *women*) *anything of what you have given them, unless both fear that they cannot keep within Gods bounds. So if ye fear that ye cannot keep within Gods bounds there is no crime in you both about what she ransoms herself with* (Palmer I p. 341; vgl. auch IV 127). Vgl. auch Sautayra et Cherbonneau I p. 25. Die *Khul'a*-Scheidung wird auch als Kauf betrachtet, wobei die Frau sich von dem Manne loskauft; vgl. Sircar p. 431. Sie war bereits dem altarabischen Rechte bekannt; vgl. Smith, *Kinship* p. 91 f.; Z. f. vgl. R. VIII S. 244. 249.

[241]) Nur formell verschieden ist die *Mubârât*-Form; doch ist allerdings der ursprüngliche Gedanke ein anderer, sofern angenommen wird, dass *khul'a* aus der Abneigung der Frau, der *mubârât* aus der beiderseitigen Abneigung der Ehegatten entspringt (Querry II p. 55 f., Baillie II p. 136 f.).

[242]) Sircar p. 425; Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 355; Eherecht S. 71. Doch können die Ehegatten während des *'idda* den *khul'a com-*

denn es ist ein *contractus facio ut des;* die Frau ist zur versprochenen Leistung verpflichtet (Hidaya p. 112 f., Khalil [Perron II p. 514], Minhadj II p. 416). Die pekuniäre Vergütung besteht häufig lediglich in dem Erlasse oder in der Rückgabe des *mahr*[243]) (Baillie I p. 306); wird der Betrag des *Khul'a* in das Ermessen eines Dritten gesetzt, so kann dieser ohne Zustimmung der betreffenden Interessenten keinen ungünstigeren Betrag bestimmen, als den *mahr* (Baillie I p. 313).[244]) Der *Khul'a* kann von einem Dritten garantirt werden; dagegen wird es bezweifelt, ob ein Dritter (Nichtverwandter) von sich aus den *Khul'a* auf sich nehmen kann — dies würde zur Libertinage führen (Querry II p. 46, Baillie II p. 131). Die Zahlung des *Khul'a* kann in die Zukunft gestellt werden; doch ist dies nicht unbestritten geblieben.[245]) Da der *Khul'a* eine modifizirte Ehescheidung ist, so ist er bei der Zahl der Ehescheidungen zu zählen und trägt daher zur Dreizahl der Scheidungen bei; doch ist dieses nicht unbestritten (Querry II p. 44, Baillie II p. 129).

Die *Khul'a*-Scheidung setzt Volljährigkeit[246]) und Geistesgesundheit voraus, wie der *talâk*;[247]) sie kann auch durch Stellvertreter erfolgen. Ein Bevollmächtigter kann auch beide Parteien repräsentiren.[248])

Die Schiiten verlangen auch bei dem *Khul'a* den Zuzug zweier Zeugen und sie halten auch hier die Beifügung einer Bedingung für unstatthaft (Querry II p. 50, Baillie II p. 134).

---

muni consensu zurücknehmen (Baillie II p. 135, Querry II p. 51. 55). Es können aber die Ehegatten auch vereinbaren, dass die *Khul'a*-Scheidung einer dreimaligen Scheidung gleichstehe; vgl. Eherecht S. 71.

[243]) Vgl. Sircar p. 426 f.; Eherecht S. 72. Oder darin, dass die Frau die Alimentation übernimmt, sei es ihrer selbst oder der Kinder, Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 366 f., Sautayra et Cherbonneau I p. 242, Eherecht S. 73.

[244]) Vgl. Sircar p. 430.

[245]) Vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 245 f.

[246]) Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 356.

[247]) Doch kann der Vater eines *minor* oder einer *uxor minor* einen *khul'a* vereinbaren, Syed Ameer Ali *ib.* p. 359 f.

[248]) Sircar p. 432; Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 356.

Die an den Mann gezahlte Summe kann zurückgefordert werden, wenn die Ehe nichtig war und nach Malekitischer Auffassung auch, wenn die Ehescheidung durch Sävitien des Mannes veranlasst worden ist.[249]

Eine unwiderrufliche Ehescheidung entsteht auch aus dem *li'ân*,[250] d. h. aus der durch vierfachen Eid und durch Verfluchungsform bekräftigten Erklärung des Ehemannes vor dem *kâdhî*, worin er die Frau des Ehebruchs beschuldigt. Die Frau entgeht der Ehebruchstrafe, wenn sie in gleich feierlicher Weise den Ehebruch läugnet; jedoch die Ehe ist jetzt unwiderruflich geschieden, d. h. der *kâdhî* giebt die Erklärung, dass die Ehe geschieden ist, sofern nicht der Ehemann es vorzieht, die Ehescheidung selbst auszusprechen. Eine nochmalige Ehe ist nur möglich, wenn der Mann seine Beschuldigung widerruft (was allerdings Strafe nach sich zieht);[251] nach der Ansicht der Nichthanefiten[252] auch nicht einmal unter dieser Bedingung (Hidaya p. 123 f., Querry II p. 99. 101, Baillie II p. 157; Khalil [Perron III p. 45 f.]; Abu Chodja p. 43, Minhadj III p. 23 f.).

Sollte die Ehefrau den Schwur versagen oder den Ehebruch zugestehen, so würde sie die Strafe des Ehebruchs (Steinigung) erleiden, die Ehe aber würde durch die Anklage nicht geschieden, und der Ehemann würde sein Erbrecht behalten (Querry II p. 101; Khalil [Perron III p. 57 f.]).

Hat der Ehemann die Frau des Ehebruchs beschuldigt, so kann dieselbe den *li'ân* verlangen und der Ehemann muss diesen

---

[249]) Sautayra et Cherbonneau I p. 28, 248 f.

[250]) Koran XXIV 6 f. Vgl. auch Berg p. 156, Friedrichs S. 282 f. Sautayra et Cherbonneau I p. 44. 318 f. Die 4 Eide entsprechen offenbar den 4 Zeugen, welche sonst nöthig sind, um eine ungetreue Frau zu überführen. Da eine solche Ueberführung durch vier Zeugen sehr selten möglich ist, so hat man dem Manne das Mittel gegeben, sich *quasi* selbst zu vervierfachen, um die Untreue zur Geltung zu bringen. Daher wird auch von dem Manne verlangt, dass er Zeugenqualität besitze.

[251]) Vgl. Eherecht S. 85 f.

[252]) So nach Ansicht der Schafiiten (Minhadj III p. 32, Firuzabadi p. 293) und der Schiiten; Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 222. 396.

li'ân vollziehen, ansonst er wegen Verläumdung bestraft wird (Baillie I p. 335 f.). Ob dies auch gilt, wenn die Frau eine *dhimmî* ist, darüber besteht keine Uebereinstimmung; ebenso bezüglich des Falles, wenn die Frau keinen unbescholtenen Ruf geniesst.[253])

Eine Hauptbedeutung des *li'ân* ist es, dass der Ehemann durch denselben ein Kind desavouirt; darüber ist im Folgenden zu handeln.

Eine frühere arabische Ehescheidungsform, die Form des *zihâr*, hat im Islam ihre trennende Wirkung eingebüsst.[254]) Ihr Karakter bestand darin, dass zwischen Mann und Frau eine künstliche Verwandtschaft kreirt wird, welche das Fortbestehen der Ehe zur Unmöglichkeit macht: der Ehemann erklärt, die Frau soll ihm sein wie die Rückseite oder wie die Schamseite seiner Mutter oder irgend einer anderen nahen Verwandten.

Nach dem islamitischen Rechte hat der *zihâr* diese Bedeutung nicht mehr;[255]) er bewirkt nur, dass nunmehr die Beiwohnung und die Vertraulichkeit mit der Frau sündhaft ist, für solange bis der *zihâr* durch Busse gelöst ist. Die Busse kann bestehen in der Emanzipation eines Sklaven, in Fasten oder Almosen (Hidaya p. 117 f. 119 f., Baillie I p. 324 f. 328 f.; Abu Chodja p. 43, Firuzabadi p. 289 f., Minhadj III p. 16 f., Khalil [Perron II p. 20 f.]).

Der *zihâr* kann auch auf eine bestimmte Zeit hin ausgesprochen werden; dann wird die Vertraulichkeit nach dieser Zeit wieder statthaft (Baillie I p. 325, Querry II p. 59, Firuzabadi p. 288, Minhadj III p. 14). Auch kann der *zihâr* unter einer Bedingung erfolgen (Firuzabadi p. 288, Minhadj III p. 10 f.).[256])

---

[253]) Vgl. Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 393 f.

[254]) Ueber das vorislamitische Recht vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 314; Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 385; Berg p. 152; Smith, *Kinship* p. 163. 289; Z. f. vgl. R. VIII S. 244.

[255]) Koran XXXIII 4 (Palmer II p. 138): *God has not made — — your wives, whom you back away from, your real mothers;* LVIII 2 (Palmer II p. 270): *Those among you who back out of their wives they are not their mothers: their mothers are only those who gave them birth.*

[256]) Vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 315.

Die Frau kann verlangen, dass der Mann entweder den *zihâr* sühnt und mit ihr lebt oder dass er den *talâk* ausspricht; dies kann durch Haft erzwungen werden (Baillie I p. 325); oder auch der Richter kann (mindestens bei den Sunniten) die Lösung der Ehe selbst aussprechen.[257])

§ 16.

Ueber das Recht der Frau, eine Reszission der Ehe zu verlangen, ist bereits oben gehandelt worden. Manche dieser Reszissionsgründe sind zugleich Scheidungsgründe, sofern sie, auch wenn später entstanden, die Frau berechtigen, die Ehe zu lösen; so zwar nicht die Impotenz,[258]) wohl aber Wahnsinn, Aussatz und andere Gebrechen; so die Schafiiten (Minhadj II p. 361 f.), so bezüglich des Wahnsinns, die Schiiten (Querry I p. 708).[259])

Nach Ansicht der Malekiten kann sich die Frau über schlechte Behandlung bei dem *kâdhî* beschweren. Dieser ernennt Personen zur Beobachtung der Ehegatten oder er stellt zwei Schiedsleute auf, welche die Sache untersuchen, worauf der *kâdhî* eine unleidige Ehe löst, Khalil [Perron II p. 510 f.).[260]) Diese Lösung (durch den *kâdhî*) kann auch erfolgen, wenn der Ehemann seine Unterhaltspflicht nicht erfüllt oder wenn er die sonstigen (gültigen) Ehestipulationen bricht.[261]) Ebenso auch die Schiiten.[262])

Auch die Schafiiten gestatten der Frau eine Lösung, wenn der Mann seiner Unterhaltspflicht nicht nachzukommen

---

[257]) Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 387.

[258]) Vgl. jedoch bezüglich der Schiiten oben S. 41.

[259]) Bez. der Hanefiten vgl. Sircar p. 411.

[260]) Vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 193 f. Solches Verfahren kommt in den Malekitischen Ländern häufig vor. Vgl. *ib.* I p. 269 f. Bei den Hanefiten werden zwar auch Schiedsleute aufgestellt, aber bloss zur Versöhnung der Ehegatten; scheiden dürfen sie nur, wenn die Eheleute sie dazu bevollmächtigt haben; vgl. Eherecht S. 56 und oben S. 56.

[261]) Sautayra et Cherbonneau I p. 254 f. 263 f. Hier auch zahlreiche Entscheidungen.

[262]) Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 374 f.

vermag oder den *mahr* nicht zahlen kann (Abu Chodja p. 46, Minhadj III p. 90).[263])

Die Scheidung durch den *kâdhî* ist eine unwiderrufliche; ausser wenn es sich um den Mangel an Unterhaltsmitteln handelt: in diesem Falle kann während des *'idda* dem Mangel abgeholfen und die Ehe zurückgeführt werden.[264])

§ 17.

Eine geschiedene Frau muss, sobald die Ehe durch Beiwohnung oder, was dieser gleichsteht, konsummirt worden, die Zeit des *'idda* aushalten.[265]) Der *'idda* beträgt bekanntlich die Zeit dreier monatlicher Reinigungen. Eine Frau, welche die Regel nicht hat, muss gleichwohl 3 Monate warten[266]) (Firuzabadi p. 303, Abu Chodja p. 44, Minhadj III p. 38 f., Hidaya p. 128, Baillie I p. 353, Querry II p. 25, Baillie II p. 161 f., Khalil [Perron III p. 61]). Ist die Frau schwanger, so dauert der *'idda* bis zur Entbindung (Baillie I p. 355, Querry II p. 28 f., Baillie II p. 163 f., Abu Chodja p. 44, Khalil [Perron III p. 71).

Diese *'idda*-Frist ist auch einzuhalten, wenn die Ehe nicht geschieden, sondern wegen Nichtigkeit getrennt wird (Baillie I p. 156. 354, Khalil [Perron III p. 72]) — vorausgesetzt, dass eine wirkliche Konsummation stattgefunden hat, da bei der nichtigen Ehe das Sichzurückziehen der Konsummation nicht gleichsteht.[267]) Uneheliche Beiwohnung *(zinâ)* hat keine *'idda*-pflicht zur Folge.[268])

---

[263]) Berg p. 155.

[264]) Sautayra et Cherbonneau I p. 272.

[265]) Koran II 228 und LXV i. f. Vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 22 f. 215 f.; Eherecht S. 86 f.; Wilken, das Haaropfer (Anhang) S. III f.

[266]) Vgl. Sircar p 436. Bei einer Sklavin beträgt der *'idda* 2 Monate, bezw. wenn sie die Regel nicht hat, $1^1/_2$ Monate — entsprechend dem Satze, dass bei Sklaven die Fristen (möglichst) halbirt werden; doch sind auch andere Ansichten vertreten (Hidaya p. 128 f., Baillie I p. 354, Querry II p. 33, Baillie II p. 167; Khalil [Perron III p. 62], Abu Chodja p. 44, Firuzabadi p. 304; vgl. auch Sircar p. 437.

[267]) Sircar p. 433.

[268]) Sircar p. 433.

Bei dem Tode des Mannes tritt ein verlängerter *'idda* ein, und zwar hier ohne Rücksicht auf die Konsummation der Ehe: der *'idda* beträgt jetzt 4 Monate und 10 Tage, bei einer Sklavin die Hälfte[269]) (Hidaya p. 129, Querry II p. 30. 34, Baillie II p. 164 f. 168, Minhadj III p. 49 f., Firuzabadi p. 304). Dieser verlängerte *'idda* gilt auch dann, wenn der Mann die Frau widerruflich oder auf dem Sterbebette verstossen hatte: dann beginnt von seinem Tode an der Sterbe-*'idda* (Baillie I p. 357, Querry II p. 29, Baillie II p. 163 f., Minhadj III p. 50. Firuzabadi p. 304).

Die Sterbe-*'idda*-Frist hängt mit der Trauerpflicht zusammen: denn solange hat die Frau um ihren Mann zu trauern (Hidaya p. 132, Baillie I p. 359, Minhadj III p. 52 f., Querry II p. 30, Baillie II p. 165). Daher muss die Frau den Sterbe-*'idda* auch dann aushalten, wenn sie vor dieser Zeit niederkommt (Querry II p. 30, Baillie II p. 164 f.). Damit steht allerdings der Umstand nicht recht im Einklang, dass der *'idda* auch abläuft, wenn die Frau während desselben von dem Tode des Mannes nichts wusste (Baillie I p. 357).[270]) Im Fall einer nichtigen Ehe ist nur die kürzere *'idda*-Periode einzuhalten, denn sie gilt als genügend, um die *turbatio sanguinis* zu vermeiden (Hidaya p. 129, Baillie I p. 157).

Ob der *'idda* auch unter *dhimmîs* gilt, ist streitig[271]) (Hidaya p. 13 f., Baillie I p. 358). Der Trauerpflicht unterliegen sie jedenfalls nicht (Hidaya p. 133).

Nach der Ehescheidung muss der Mann die Frau während der *'idda*-Frist unterhalten; so jedenfalls nach der widerruflichen Ehescheidung und im Fall der Schwangerschaft,[272]) nach den Hanefiten auch sonst.[273]) Nach dem Tode des Mannes

[269]) Koran II 234.

[270]) Vgl. Sircar p. 434; Eherecht S. 89.

[271]) Die Malekiten bejahen es; vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 217 f.

[272]) Vgl. Koran LXV 6 (Palmer II p. 289): ***if they be heavy with child, then pay for them until they lay down their burdens.*** So die Schiiten (Querry I p. 753, Baillie II p. 102); die Schafiiten (Firuzabadi p. 313, Abu Chodja p. 45, Minhadj III p. 88).

[273]) Vgl. Sircar p. 454 f.

besteht kein Unterhaltsanspruch (Hidaya p. 145, Baillie I p. 456, Querry II p. 39, Baillie II p. 171)[274]) — nur ein Wohnungsrecht, bezüglich welches der Frau Vorzug im Konkurse zukommt (Querry II p. 37 f., Minhadj III p. 54 f.); ebensowenig besteht ein Unterhaltsanspruch, wenn die Ehe durch Apostasie oder Verbrechen der Frau, also durch ihre Schuld, getrennt worden ist[275]) (Hidaya p. 145, Baillie I p. 454 f.). Aehnlich die Malekiten.[276])

§ 18.

Bekanntlich lassen die Schiiten die von den Sunniten verworfene Mut'a- oder Zeitehe zu.[277]) Auch die Zeitehe findet gegen *mahr* statt, ja die Festsetzung des *mahr* gilt hier als unbedingte Voraussetzung[278]) (Querry I p. 691, Baillie II p. 41); allein dieser *mahr* kann in den geringsten Beträgen bestehen — selbst in einem handvoll Getreide; ebenso muss die Zeit festgesetzt sein, während welcher die Ehe dauert — aber die Zeit kann bis auf den Theil eines Tages reduzirt werden (Querry I p. 692. 693, Baillie II p. 41. 42). Bei der Zeitehe können die verschiedensten Bedingungen festgesetzt

---

[274]) Doch nehmen Manche, gestützt auf Koran II 240, eine Unterhaltspflicht während eines Jahres an. Diese Stelle ist aber als abrogirt zu betrachten durch das Erbfolgegesetz des Koran (*Sure* IV), welches der Frau einen bestimmten Erbtheil zusichert.

[275]) Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 283 f., Sircar p. 455; doch behält sie auch in solchem Falle das Recht auf Wohnung während der *'idda*-Periode. So insbesondere auch im Fall des *li'ân* (Firuzabadi p. 313).

[276]) Sautayra et Cherbonneau I p. 183 f. 228 f.

[277]) Vgl. Zeitschrift für vgl. Rechtswissenschaft VI S. 420, Tornauw, Zeitschrift V S. 143 f. und Tornauw, das Moslemische Recht S. 80. Ueber dieselbe vergleiche beispielsweise Sircar p. 317, Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 247, Rumsey p. 305 f., vgl. ferner Khalil (Perron II p. 346. 348 f.). Unzulässig ist nach Khalil auch die Ehe, bei welcher die Geheimhaltung bedungen ist.

Dass die Mut'aehe im altarabischen Recht sehr verbreitet war, ist bekannt; vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 127 f., Smith, *Kinship* p. 66 f.; Z. f. vgl. R. VIII S. 240 f.

[278]) Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 247.

werden, z. B. wann und wie oft der Ehemann die Frau besuchen darf (Querry I p. 694).

Ein Erbrecht der Ehegatten entsteht aus der Zeitehe nicht; ob eine ausdrückliche Klausel ein solches schaffen kann, ist zweifelhaft (Querry I p. 695, Baillie II p. 44).[279]

Die Zeitehe lässt keine Scheidung zu, sie wird aber durch den Zeitablauf gelöst (Querry I p. 694, Baillie II p. 43).

Auch nach der Zeitehe findet ein *'idda* statt; derselbe ist aber (ausgenommen den Fall des Todes des Ehemanns)[280] auf die Hälfte verkürzt, d. h. auf zwei Reinigungsperioden, bezw. wenn die Reinigung fehlt, auf 45 Tage (Querry I p. 695, Baillie II p. 44).

D. Recht der Verwandtschaft.

§ 1.

Als ehelich gilt das Kind, welches 6 Monate nach der Eheschliessung geboren wird,[281] und ebenso auch dasjenige, welches innerhalb 2 Jahren nach der Ehetrennung zur Welt kommt; 6 Monate bis 2 Jahre ist also die unterstellbare Zeit; so nach der Lehre der Hanefiten:[282] hat aber die Frau erklärt, dass ihr *'idda* beendet ist, so gilt ein späteres Kind nur dann als ein eheliches, wenn es innerhalb 6 Monaten nach dem *'idda* zur Welt kommt, da hierdurch konstatirt wird, dass die Frau ihre Schwangerschaft nicht kannte (Hidaya p. 134 f., Baillie I p. 392 f. 396 f.).[283]

---

[279] Vgl. Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 89. 92.

[280] Im Fall des Todes des Ehemannes gilt der gewöhnliche Sterbe-*'idda*; vgl. Tornauw S. 81.

[281] Die 6 Monate beruhen auf einem Vergleich zwischen Koran 31, 13 und 46, 14. Die Periode der Schwangerschaft und des Stillens des Kindes wird hierauf 30 Monate, die Periode des Stillens auf 24 Monate festgesetzt, so dass für die Gestation 6 Monate übrig bleiben. Vgl. auch Sautayra et Cherbonneau I p. 327.

[282] Vgl. Sircar p. 174, Grady p. 261; Eherecht S. 95; Berg p. 158.

[283] Die Schiiten bestätigen dies mit der Modifikation, dass das Kind innerhalb der längsten Gestationsperiode zur Welt kommen muss (Baillie II p. 164).

Die Schiiten nehmen als Zeit der Gestation nur 6 bis 9, höchstens 10 Monate an (Querry I p. 739, Baillie II p. 90); die Schafiiten erstrecken die mögliche Gestationsperiode sogar auf 4 Jahre (Minhadj III p. 26, Firuzabadi p. 295); die Malekiten gar bis zu 4 oder 5 Jahren.[284])

Wird das Kind einer Wittwe von den nächsten Erben anerkannt, so gilt es als ehelich und die Umstände des Falles werden nicht weiter untersucht (Hidaya p. 136).

§ 2.

Die Abstammung des Kindes vom Vater gilt auch dann als festgestellt, wenn die *bona fide* abgeschlossene Ehe (z. B. wegen Inzestes) nichtig ist — mit anderen Worten die putativehelichen Kinder stehen den ehelichen gleich; doch ist dies nicht die einstimmige Meinung, denn es giebt eine Theorie, welche zwischen vitiösen und nichtigen Ehen unterscheidet und im letzteren Fall die Paternität nicht anerkennt; und hierzu werden namentlich die Inzestfälle gerechnet — so die zwei Schüler Abu Hanifa's, während dieser selbst freier dachte und auch hier die Paternität als festgesetzt erachtete (Baillie I p. 150f. 156 f. Die freiere Anschauung Abu Hanifa's ist auch diejenige der Schiiten, während die Sunna der Lehre der beiden Schüler folgt.[285])

Die Lehre Abu Hanifa's führt aber zu folgendem Konflikte. Wenn eine gültig verheirathete Frau eine zweite (also nichtige Ehe eingeht), so entsteht die Frage, ob die nunmehr erzeugten Kinder dem zweiten oder dem ersten Manne gehören. Die wohl vorwiegende Meinung ist für den ersten Mann; doch vertheidigte Abu Hanifa das Recht des zweiten Mannes, eben von seinem Grundsatze aus, dass auch eine ungültige Ehe ge-

[284]) Sautayra et Cherbonneau I p. 45. 327 f.; und vergleiche zum Ganzen Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 151. Heutzutage nimmt die Praxis auch der sunnitischen Länder meist 10 Monate als äusserste Schranke an; so in der Türkei, in Algier u. a. Doch kommt es noch vor, dass man an 4jährige Schwangerschaften glaubt, vgl. Kocher, *la criminalité chez les Arabes* p. 210.

[285]) Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 160 f.

nüge, um die Paternität festzustellen (Baillie I p. 158). Eine bei den Schiiten verbreitete Ansicht ging dahin, die Vaterschaft durch das Loos festzustellen (Querry I p. 657) — dies auch in dem Falle, wenn die erste Ehe geschieden worden ist und das Kind in einer Zeit geboren wurde, dass es dem ersten oder dem zweiten Ehegatten zugeschrieben werden kann (Querry II p. 40, Baillie II p. 171).

Entsprechend wird die Vaterschaft auch festgestellt, wenn aus Irrthum eine Kohabitation stattfand, welche man für eine eheliche hielt (Querry I p. 742, Baillie II p. 93). Auch nimmt man in zweifelhaften Fällen Zuflucht zu einem „Physiognomiker", welcher nach der Aehnlichkeit entscheidet (Minhadj III p. 450).

§ 3.

Ein während der Ehe geborenes Kind kann von dem Ehemann verläugnet werden;[286] es kann ohne weiteres verläugnet werden, wenn die Geburt innerhalb 6 Monaten nach der Eheschliessung erfolgt, sonst nur kraft der feierlichen Form der *li'ân*, kraft der feierlichen Ehebruchsbeschuldigung (Hidaya p. 125, Baillie I p. 343, Firuzabadi p. 295 f., Minhadj III p. 33 f.).[287] Die Schiiten nehmen sogar an, dass ein vor Ablauf von 6 Monaten geborenes Kind durch Anerkennung nicht ehelich werde, dass also bezüglich eines solchen die Unehelichkeit ohne weiteres als festgestellt gelte.[288]).

Die Verläugnung kann nur sofort bei der Geburt oder alsbald nachher erfolgen; nach der Geburt ist dieselbe nur statthaft, wenn der Mann abwesend war, in welchem Falle die Verläugnung in entsprechend kurzer Zeit nach seiner Rückkehr erfolgen muss (Hidaya p. 126, Baillie I p. 342, Minhadj III p. 33 f.). Doch ist bei den Schiiten auch die Meinung vertreten, dass die Verläugnung stets geschehen kann (Querry

[286]) Vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 330 f., Grady p. 11.

[287]) Vgl. Sircar p. 371 f.; Eherecht S. 96.

[288]) Vgl. Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 157 f., Querry I p. 740, Baillie II p. 91.

II p. 95 f., Baillie II p. 154); oder es werden 40 Tage als Grenze angenommen.[289]).

Von zwei Zwillingen kann nicht der eine allein verläugnet werden (Hidaya p. 126, Firuzabadi p. 296).

Ist ein Kind anerkannt, so kann es nicht hintennach verläugnet werden (Baillie I p. 342, 392, Querry II p. 96, Baillie II p. 154).[290]) Wohl aber kann der Mann die Verläugnung hintennach zurücknehmen und das Kind anerkennen (Baillie I p. 344).

Trotz der Verläugnung steht das Kind doch in solchem Verhältniss zum Ehemann, dass ein Ehehinderniss obwaltet[291]) (Baillie I p. 344, Querry I p. 657).

Von der Verläugnung des Kindes einer Konkubine, welche unbeschränkt und ohne besondere Form erfolgen kann, ist bereits oben gehandelt worden, ebenso davon, dass die Kinder einer Sklavin nur dann als Kinder des *dominus* gelten, wenn sie positiv anerkannt werden (oben S. 12).

Uneheliche Kinder, welche von dem Vater nicht anerkannt sind, haben bloss die Mutter und die mütterliche Verwandtschaft, der väterlichen Verwandtschaft stehen sie fremd; Grady p. 15.

Uneheliche Kinder, welche vom Vater anerkannt sind, haben alle Rechte der ehelichen.[292])

Die Anerkennung der Vaterschaft ist wirksam, sofern die Vaterschaft möglich,[293]) sofern noch nicht eine andere Vaterschaft festgestellt ist und sofern das Kind, falls es erwachsen ist, sich damit einverstanden erklärt[294]) (Baillie I p. 408, II p. 289 f., Minhadj II p. 90).

---

[289]) Vgl. Syed Ameer Ali *ib.* p. 156.

[290]) Sircar p. 371; Grady p. 11; Eherecht S. 97.

[291]) Vgl. Eherecht S. 97.

[292]) Vgl. Sircar p. 377 f.

[293]) Der Anerkennende muss mindestens 12½, und eine Frau mindestens 9½ Jahre älter sein als das Kind (Baillie I p. 411). Vgl. auch Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 168 f., Sircar p. 377 f. Die Schiiten statuiren kein bestimmtes Alter.

[294]) Vgl. Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 167 f. Auf solche Weise kann die Anerkennung — innerhalb bestimmter Grenzen — die Adoption

In gleicher Weise, unter Zustimmung des Anerkannten,[295]) ist es möglich, Jemand als Vater, als Freilasser, als Freigelassenen anzuerkennen (Baillie I p. 408 f.). Auch eine Frau kann nach verbreiteter Meinung ein Kind anerkennen, aber, wenn sie verheirathet ist, nur mit Zustimmung des Ehemannes.[296]) Eine sonstige Anerkennung eines Verwandten, z. B. eines Bruders, eines Onkels, ist zwar nicht ausgeschlossen, allein sie wirkt nur unter den zwei Personen, sie wirkt nicht, soweit Interessen Dritter in Frage stehen, insbesondere also dann nicht, wenn andere Erben vorhanden sind (Baillie I p. 409 f., Minhadj II p. 92).[297])

Ein natürliches Kind ist nach Schiitischer Anschauung zeugnissunfähig (Querry II p. 460); dies hängt mit der Abneigung des Schiitischen Rechts gegenüber den natürlichen Kindern zusammen. Vgl. unten Note 620.

§ 4.

Der bei den alten Arabern so überaus verbreitete Kindermord und insbesondere Mädchenmord ist von dem Propheten strenge verpönt worden; überhaupt gehört der Theil seiner Lehre, welcher sich auf das Verhältniss zwischen Kindern und Eltern und auch zwischen sonstigen Verwandten bezieht, zu den schönsten Seiten seines Wirkens. Vgl. insbesondere Koran VI 137, 140.[298])

§ 5.

Ein unmündiges Kind steht bei der Trennung der Ehe zunächst in der Obhut seiner Mutter, bezw. Grossmutter,

---

ersetzen; vgl. Sautayra et Cherbonneau I p. 338. Dass die Adoption selbst im Islam keine Rechtswirksamkeit hat, bedarf keiner Ausführung (Koran XXXIII 4). Vgl. Grady p. 9 f. und p. 214; Sircar p. 124 f., Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 166 f., meine Abhandlungen in Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft V S. 422.

[295]) Die Zustimmung kann aber auch nach dem Tode des Anerkennenden erfolgen, Sircar p. 379. 381.

[296]) Vgl. Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 169 f. Ist der Ehemann todt, so können die Erben desselben der Anerkennung widersprechen.

[297]) Vgl. auch Sautayra et Cherbonneau I p. 339; Sircar p. 381; Grady p. 25 f., Eherecht S. 103.

[298]) Dazu vgl. Wherry, *Commentary on the Quran* II p. 193 f.

Schwester, Tante,[299]) bis zum Ablauf der Pflegefrist, d. h. ein Knabe bis er der ersten Pflege entwachsen ist (etwa bis zum Alter von 7 Jahren), ein Mädchen bis zum Eintritt der Menses (bezw. des 9. Jahres). Nachher geht die persönliche Pflege auf den Vater und die väterlichen Verwandten über (Hidaya p. 138 f., Baillie I p. 435 f.). Diese haben auch die erste Pflege, wenn von den obgenannten weiblichen Verwandten Niemand vorhanden ist (Baillie I p. 437). So die Hanefiten. Nach Schiitischer Anschauung hat die Mutter die Obhut über den Knaben nur bis zur Entwöhnung, über die Tochter bis zum 7., nach Andern bis zum 9. Jahre oder bis zur Ehe (Querry I p. 746, Baillie II p. 95). Nach den Malekiten bleiben die Mädchen bei der Mutter bis zur Verheirathung, die Knaben bis zur Pubertät (Syed Ameer Ali, Pers. Law p. 196 f., Sautayra et Cherbonneau I p. 348). Nach den Schafiiten kann das 7jährige Kind wählen, ob es zu Vater oder Mutter will (ib. p. 348 und Abu Chodja p. 46); die Hanefiten verneinen dieses Wahlrecht (Sircar p. 490).

Die Kosten des Unterhaltes des Kindes hat der Vater zu tragen (Hidaya p. 146, Baillie I p. 460 f.), es müsste denn sein, dass das Kind eigenes Vermögen hat, in welchem Falle die Kosten aus diesem bestritten werden können (Baillie I p. 461).[300]) Ist der Vater ausser Stande, so tritt die Mutter, eventuell der Grossvater ein (Baillie I p. 461 f.). Kann der Knabe arbeiten, so kann ihn der Vater zur Arbeit schicken, um seinen Unterhalt zu verdienen (Baillie I p. 462); vergl. Sircar p. 460 f.

Eine weitere Unterhaltspflicht[301]) besteht gegenüber den Ascendenten, und zwar eine Unterhaltspflicht im strengeren

---

[299]) Bezüglich der Reihenfolge ist manches verschieden; vgl. Firuzabadi p. 317, Minhadj III p. 97 f.; Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 200 f., Sautayra et Cherbonneau I p. 350 f. Durch die Wiederverheirathung und durch ungeregelten Lebenswandel der Frau erlischt das Pflegerecht, Sautayra et Cherbonneau I p. 354 f., Sircar p. 485, Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 203. 205, Abu Chodja p. 46.

[300]) Vgl. Sircar p. 459 f., Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 292.

[301]) Bezüglich der Verwandtenunterhaltspflicht vgl. auch Koran XVI 92, XXX 37.

Sinne, indem dieselbe den Fall dringenden Bedürfnisses nicht voraussetzt und der Religionsunterschied nicht in Betracht kommt;[302] eine laxere Unterhaltspflicht gilt gegenüber den übrigen Verwandten innerhalb der verbotenen Verwandtschaftsgrade: im Falle der Noth und bei Gleichheit der Religion;[303] und zwar richtet sich im Allgemeinen die Unterhaltspflicht in ihrem Maasse und Grade nach den Regeln der Erbfolge[304] (Hidaya p. 147 f.).

Weniger weit gehen die Schiiten; sie erkennen eine Unterhaltspflicht nur bezüglich der Ascendenten und Descendenten an und machen auch hier strengere Voraussetzungen (Querry I p. 755, Baillie II p. 102 f.). Aehnlich die Schafiiten (Minhadj III p. 93) und die Malekiten. Vgl. Syed Ameer Ali, *Pers. Law* p. 294; Berg p. 164.

Der Unterhaltspflicht gegenüber kann der Schuldner keine Kompensationseinrede entgegenhalten, ausser soweit der Unterhalt über das Nothwendige hinausgeht (Querry I p. 754, Baillie II p. 102).

§ 6.

Eine künstliche Verwandtschaft ist das Verhältniss des Muwâlât.[305] Dasselbe hat sich zunächst in der Art entwickelt, dass der Proselyte seinen Lehrer zum Maulâ machte, so dass dieser ihn beerbte, aber auch, im Falle eines Deliktes für ihn die Blutsühne zahlen musste.[306] Später abstrahirte man von der Proselytenschaft, so dass der blosse Vertrag genügte. Uebrigens kann das Verhältniss auch gegenseitig eingegangen

---

[302]) Vgl. Sircar p. 464f.

[303]) Ein *dhimmî* hat ebensowenig eine Unterhaltspflicht gegenüber seinem Moslemitischen Bruder, als umgekehrt; dies hängt damit zusammen, dass im Falle des Religionsunterschiedes keine gegenseitige Beerbung stattfindet (Baillie I p. 470; Sircar p. 470 f.).

[304]) Strikte ist dies nicht durchgeführt; vgl. Sircar p. 468 f. Insbesondere wird der Vorgang der Agnaten vor der uterinen Verwandtschaft durchbrochen.

[305]) Vgl. hierzu auch Lyon, *Law of India, Inheritance* p. 218; Rumsey p. 173 f.; Grady p. 25. Ueber die Schützlingschaft vgl. auch Z. f. vgl. R. VIII S. 244 f. 250 f.

[306]) Also wie ein Verwandter für den Verwandten.

werden. Voraussetzung ist, dass der, welcher sich in das Verhältniss begiebt, keine Erben hat[307]) (Baillie I p. 389 f., II. p. 301, 360 f.).

Schafii erkannte eine solche künstliche Verwandtschaft nicht an.[308]) Wohl aber findet sie sich in hervorragendem Maasse bei den Schiiten; und zwar insbesondere in der Art, dass der eine Wahlbruder für das Wohlverhalten des anderen gutstehen muss und daher für die Delikte desselben haftet. Da die Schiiten lange Zeit eine verfolgte Sekte waren, so mussten sie einen solchen Bürgen stellen, welcher dann als Aequivalent hierfür auch ein subsidiäres Erbrecht erlangte.[309])

III.

Sachenrecht.[310])

§ 1.

Von der Kriegsbeute gehören die Kleider und Ausrüstungsgegenstände, welche der einzelne Soldat dem Feinde abnimmt, dem einzelnen Soldaten selbst; im übrigen wird die Beute allen Soldaten[311]) gemeinsam, und zwar wird $^{1}/_{5}$ zu allgemeinen Zwecken verwendet, $^{4}/_{5}$ unter alle Kombattanten vertheilt, doch so, dass ein Reiter dreimal soviel als ein Fussgänger erhält (Abu Chodja p. 53, Firuzabadi p. 353, Minhadj II p. 293 f., III p. 267 f.). Dies gilt von Mobilien, wie von Immobilien (Minhadj III p. 269).

§ 2.

Das durch Jagd erbeutete Wild gehört dem Jäger; wird es hinter einander von zweien geschossen, so gehört es regelmässig dem ersteren, wenn dieser ihm bereits eine todtbrin-

---

[307]) Vgl. Sircar p. 91 f.

[308]) Sircar p. 92; Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 58. 63.

[309]) Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 63.

[310]) Von dem Erwerb durch Spezifikation ist in meinen Modernen Rechtsfragen bei islamitischen Juristen S. 9 f. gehandelt worden.

[311]) Vorausgesetzt, dass sie volljährig und Moslims sind, ansonst sie bloss ein Geschenk bekommen (Abu Chodja p. 53).

gende Wunde beigebracht hatte, sonst dem zweiten (Minhadj III p. 303 f.).

§ 3.

Gefundene Sachen[312]) sind aufzubieten, das Aufgebot soll ein Jahr lang dauern, sofern die Sache nicht von geringem Werthe ist oder dem Verderben unterliegt. Ist das Aufgebot resultatlos, so kann der Finder die Sache weiter verwahren oder zu Almosen geben; aber in letzterem Falle ist er nicht ausser zivilistischer Haftung, denn er muss den *dominus* entschädigen, wenn dieser das Almosen nicht genehmigt. Doch ist dies bestritten.

Der Finder hat für seine Aufwendungen ein Retentionsrecht;[313]) einen Klaganspruch hat er nur, wenn die Aufwendung mit Genehmigung des *kâdhî* zu Lasten des Eigenthümers gemacht worden ist. Für den *casus* der Sache haftet der gutgläubige Finder nicht; hat er aber den Fund verheimlicht, so spricht die Präsumtion gegen seine *bona fides*. Finderlohn ist im islamitischen Rechte nicht statuirt; ein Grund des Eigenthumserwerbs ist das Finden nicht[314]) (Hidaya p. 208 f., Querry II p. 319 f., Khalil [Perron V p. 103 f.]; Minhadj II p. 169 f.).

Nur was sich in den Eingeweiden eines Thieres (z. B. eines Fisches) findet, gehört dem Finder (Querry II p. 321).

Das oben Entwickelte gilt auch für das Strandgut; doch wird mitunter ein Okkupationsrecht mit Eigenthumserwerb be-

---

[312]) Vgl. Berg p. 117. Manche statuiren eine Verpflichtung, gefundene Sachen aufzuheben und zu bewahren; doch gilt dies im Allgemeinen nur für empfehlenswerth, Minhadj II p. 199.

[313]) Mit Untergang der Sache erlischt natürlich diese Aushülfe. Uebrigens hat dieser Umstand die Analogie des Hanefitischen Pfandrechts für sich, da nach Hanefitischer Anschauung mit dem Untergang des Pfandrechts die Forderung erlischt, soweit sie in dem Pfandrecht ihre Deckung findet. Ebenso verliert das Retentionsrecht seine Wirkung, wenn der Eigenthümer auf die Sache verzichtet (Khalil [Perron V p. 109]).

[314]) Hieraus ist ersichtlich, dass für den Finder wenig gesorgt ist; dies entspricht dem Zuge des islamitischen Rechts, welches auch die Ersitzung nicht kennt. Fast noch schlimmer ist derjenige gestellt, welcher ein verlaufenes Thier aufnimmt (Hidaya p. 210, Querry II p. 314 f.).

züglich derjenigen Sachen anerkannt, welche aus dem Grunde des Meeres heraufgeholt werden (Querry II p. 433).

Eine derelinquirte Sache erwirbt der Okkupant zu Eigenthum (Querry II p. 315).

§ 4.

Grund und Boden derjenigen Länder, welche durch die Muslims erobert wurden, in welchen aber den Bewohnern gegen eine Bodensteuer Freiheit und Besitz belassen wurde, ist Staatseigenthum, die *possessores* aber sind erbliche, verfügungsfähige Lehenträger. Sie zahlen die Bodensteuer, den *kharâdj* als Lehenszins, und zwar wird derselbe entweder nach bestimmten Summen oder nach Quoten des Erträgnisses angesetzt.[315]) Ueber dieses, in das Staatsrecht einschlagende Verhältniss und seine Geschichte ist anderwärts näheres zu entwickeln.

§ 5.

Unbebautes Land, welches *res nullius* ist, kann ein Jeder zum Zwecke der Kultur appropriiren; jedoch verlangt die Schia[316]) und ihr entsprechend Abu Hanifa die Genehmigung der Obrigkeit; anders seine beiden Schüler (Abu Yusuf und Mohammed)[317]) und anders die Schafiiten.[318]) Wird das Land zwar okkupirt, aber nicht innerhalb 3 Jahren in Kultur gebracht, so kann die Obrigkeit das Land nehmen und einem Anderen zutheilen (Hidaya p. 610 f.).

Wer in der Wüste einen Brunnen gräbt, hat das Recht, dass innerhalb eines bestimmten Umkreises kein anderer einen solchen grabe; ähnliches gilt von demjenigen, welcher einen Baum pflanzt (Hidaya p. 611 f.).

Im übrigen sind die Brunnen der Wüste der allgemeinen Benutzung preisgegeben. Der Eigenthümer darf keinem ver-

---

[315]) Vgl. Berg p. 120 f.

[316]) Tornauw S. 225.

[317]) Vgl. auch Lyon, *Law of India, Possession* p. 31; Berg p. 122 f.

[318]) Vgl. Tuhfa in Bijdragen p. 376. Die Kultur des Grundstückes muss aber nicht nur angebahnt, sondern bis zu einem bestimmten Maasse durchgeführt sein.

wehren, daraus zu trinken oder seine Heerde zu tränken, es müsste denn sein, dass in der Nähe ein öffentliches Wasser wäre, welches diesem Bedürfnisse entspräche (Hidaya p. 613 f.).

Wer eingeschlossen ist, kann verlangen, dass ihm ein Weg zur gemeinen Strasse eingeräumt werde.[319])

§ 6.

Die Traditionslehre wird insbesondere bei der Schenkung entwickelt; denn bei der Schenkung ist die Tradition wesentlich zur Perfektion des Geschäfts und wesentlich zum Eigenthumsübergang. Die Tradition erfolgt durch Besitzergreifung unter der Gestattung des Tradenten; die Gestattung muss im Momente der Besitzergreifung noch fortbestehen[320]) Uebrigens nehmen manche an, dass der Traditionsakt durch den Tod einer der Parteien nicht unterbrochen wird, so dass die Traditionsgestattung auf die Erben fortwirkt.[321]) (Hidaya p. 482 f., Baillie I p. 521; vgl. übrigens auch Querry I p. 597, Baillie II p. 204).

Eine geschenkte Sache kann ein Kind zu Besitz ergreifen, sofern es fähig ist, den Akt zu verstehen (Hidaya p. 484).[322])

Die Art des Besitzerwerbs richtet sich nach der Art des Besitzgutes; bei einem Hause gilt insbesondere die Uebergabe der Schlüssel als Tradition;[323]) ebenso bei Pferden die Uebergabe der Schlüssel des Stalles. Der Erwerber muss in eine solche Lage zur Sache kommen, dass ihm der entsprechende Gebrauch der Sache offen steht. Ein wirkliches Eintreten und Betreten ist nicht erforderlich.[324])

Das islamitische Recht kennt die *brevi manu traditio.* Wenn eine Sache dem Depositar oder einem sonstigen Detentor geschenkt wird, so geht das Eigenthum durch blossen Ver-

---

[319]) Berg p. 126.

[320]) Syed Ameer Ali, p. 87 f. 114 f.

[321]) So auch insbesondere unter den Schafiiten; vgl. Syed Ameer Ali p. 176.

[322]) Syed Ameer Ali p. 123.

[323]) Syed Ameer Ali p. 85. 106. 118.

[324]) Syed Ameer Ali p. 114. 120 f.

trag über (Hidaya p. 484, Querry I p. 597, Baillie II p. 204). Ebenso wenn sie einem geschenkt wird, welcher bereits *possessio* hat, z. B. einem Usurpator oder einem Pfandgläubiger[325]) (Baillie I p. 522 f.).

Auch das *constitutum possessorium* ist im islamitischen Rechte anerkannt. Ein Beispiel ist folgendes. Stiftet Jemand eine Sache zum Fideikommiss für seine minderjährigen Kinder, so kann er als Vertreter derselben das Fideikommiss in Besitz nehmen und dadurch den Akt perfiziren; so der Schiite Mohamed Ibn Muslim,[326]) ähnlich Khalil [Perron V p. 33). Ebenso aber auch, wenn Jemand seinem minderjährigen Kinde eine Sache schenkt; nicht nur kann er das Geschäft mit sich selbst (als dessen Vertreter) abschliessen, sondern er kann erklären, als dessen Vertreter Besitz zu ergreifen, und mit dieser Erklärung (an sich selbst, als Mundwalt) ist Besitz und Eigenthum für das Kind erworben. Vorausgesetzt ist, dass die Sache sich in der Detention des Schenkers befindet[327]) (Hidaya p. 484, Baillie I p. 538, Querry I p. 597, Baillie II p. 204, Khalil [Perron V p. 77 f.]).

Dagegen ist ein *constitutum possessorium* in der Art, dass der Tradent das Genussrecht behält, bei der Schenkung unzulässig;[328]) — aber dies beruht auf den besonderen Rücksichten des Schenkungsgeschäftes.

Ebenso kennt das islamitische Recht die Besitzübergabe durch Anweisung, sofern sich die Sache in der Detention eines Dritten befindet, welcher sie für den Tradenten detinirt: es genügt, den Erwerber auf den Detentor zu verweisen[329]) (Hidaya p. 484). Nicht so, wenn die Sache sich im Besitz eines Pfandgläubigers befindet, weil der Pfandgläubiger den maass-

[325]) Vgl. Syed Ameer Ali p. 121. 122. 170; Grady p. 193.

[326]) Bei Syed Ameer Ali p. 378. Vgl. auch *ib.* p. 389. 391. Vgl. ferner die Entscheidung der Malekiten bei Sautayra et Cherbonneau II p. 391 f.

[327]) Vgl. Syed Ameer Ali p. 122. 170; Grady p. 193. 210.

[328]) Sautayra et Cherbonneau II p. 360.

[329]) Syed Ameer Ali p. 68 f. 120 f. 389.

gebenden Besitz für sich hat; und nicht so, wenn die Sache in der Hand eines Usurpators ist.[330])

§ 7.

Der gutgläubige Besitzer kann die von ihm gemachten Inädifikate wegnehmen, soweit solches ohne Schaden der Sache erfolgen kann. Andernfalls kann ihm *ex aequo et bono* eine Entschädigung zudekretirt werden. Sind die Konstruktionen unter Niederlegung früherer Gebäulichkeiten erfolgt, so kann er keine Entschädigung begehren.[331])

§ 8.

Bezüglich des Miteigenthums an der Kriegsbeute wird gestritten, ob die Theilung konstitutiver oder deklarativer Natur ist; letzternfalls müsste angenommen werden, dass derjenige, welchem die Sache in der Theilung zugewiesen wird, schon vor der Theilung Eigenthümer gewesen sei (Minhadj III p. 269).

Eine Theilung der Gemeinschaft kann durch Zuweisung gleichwerthiger Realtheile oder auch unter Festsetzung eines Aufgeldes erfolgen; da aber das letztere *vice venditionis* ist, so kann kein Miteigenthümer hierzu gezwungen werden; noch weniger dann, wenn ein Gegenstand überhaupt keine Realtheilung zulässt. Vgl. auch Tornauw Z. V S. 207, Grady p. 145, Sircar p. 265 f. Das Recht auf Abtheilung ist im Islam nur ein Recht auf Abtheilung, soweit sich solche durch Realtheilung (nicht durch Aequivalirung) vollziehen lässt; vgl. auch Sircar p. 268. Dagegen ist eine Genusstheilung möglich, insbesondere so, dass der Genuss der Sache periodisch abwechselt, Grady p. 175 f., Sircar p. 268 f.

Zum Vollzug der Theilung giebt es öffentlich aufgestellte Männer (Abu Chodja p. 58, Firuzabadi p. 383, Minhadj III p. 393 f.).

---

[330]) Syed Ameer Ali p. 68 f.
[331]) Syed Ameer Ali p. 353 f.

§ 9.

Der Ususfrukt (insbesondere der legirte Ususfrukt) ist persönlich und erlischt mit dem Tode des Usufruktuars (Hidaya p. 693, Baillie I p. 664 f.).[332]

Der Usufruktuar eines Sklaven hat volles Recht auf die Arbeit und den Arbeitsverdienst des Sklaven; ist der Sklave ein Weib, so ist sogar der bei der Ehe desselben gezahlte *mahr* mit inbegriffen.[333] Das Kind der Sklavin ist nicht juristische Frucht; der Usufruktuar erlangt an demselben nur den Ususfrukt; vgl. Firuzabadi p. 214.[334]

Auch der Usus wird erwähnt. Der Usuar hat kein Recht, die Sache in Miethe zu geben.[335]

§ 10.

Das islamitische Recht kennt Weg- und Wasserrechte als Realservituten; bei Wasserrechten, welche mehreren Personen zustehen, konkurriren die Berechtigten nach Maassgabe des Bedürfnisses des *fundus dominans*; in dieser Beziehung kann eine Abtheilung erfolgen. Ein solches Wasserrecht kann nicht ohne den *fundus dominans* veräussert werden (Hidaya p. 616 f.).

IV.

Ueber das Kommissionsgeschäft.

§ 1.

Ehrenberg äussert in der Besprechung meiner Schrift über die modernen Rechtsfragen im islamitischen Rechte[336] einige Bedenken in Bezug auf die Methode meiner Arbeitsweise, wobei er insbesondere meine Ausführung hervorhebt, nach welcher bereits die Islamiten die berühmte Frage erörtern, ob der

[332]) Vgl. auch Syed Ameer Ali p. 533, Rumsey p. 250.

[333]) Als Aequivalent für die ehelichen Leistungen der Sklavin und fü die dem Usufruktuar entzogene Arbeit.

[334]) Syed Ameer Ali p. 590. Doch ist dies nicht unbestritten.

[335]) Rumsey p. 251.

[336]) Goldschmidt's Zeitschrift B. 33 S. 599 f.

Eigenthumserwerb des Kommissionärs direkt an den Kommittenten falle oder nicht. Er bemerkt dabei, dass für solche Distinktionen noch eine tiefere Begründung aus den Quellen heraus gegeben werden müsse, und hebt hervor, der Leser erfahre nicht einmal, ob der engliche Uebersetzer die Mittelsperson mit dem modernen Kommissionär identifizire oder ob ich es sei, welcher dem englischen *agent* (so heisst es unglückseliger Weise in der kurzen von mir mitgetheilten Stelle der Uebersetzung) unseren Kommissionär substituire.

Aber nicht ich habe die richtige Methode der Forschung, sondern mein Kritiker hat die richtige Methode der Forschung verfehlt, wenn er annimmt, dass aus dem von mir Mitgetheilten nicht zu entnehmen sei, was in dem Texte der *Hidaya* bezw. in der englischen Uebersetzung stehe. Ich habe die englische Uebersetzung mit Seitenzahl genau allegirt und diese Uebersetzung ist die Quelle, aus der ich schöpfte, eine reiche Quelle. Die *Hidaya* abzuschreiben, war meine Sache nicht und nach Kürze strebe ich stets. Weil man aber gerade die Kürze mir zum Vorwurf macht, so sehe ich mich genöthigt, die betreffende Stelle der *Hidaya* wenigstens theilweise hier wiederzugeben; dies auch zu dem Zwecke, um den zahlreichen Personen, bei welchen dieses gewaltige Werk, diese wahrhaft grandiose Frucht orientalischen Sinnens und Forschens noch nicht genügend durchgedrungen zu sein scheint, einen Blick in die Art zu geben, wie hier die Rechtsfragen behandelt werden, und um zu zeigen, dass bei so ausführlichen, mit Beispielen belegten Juristendiskussionen, die Sache sich ganz anders verhält, wie etwa bei einer Inschrift oder einer einzelstehenden Urkunde;[337]) bei solchen ausführlichen juristischen Erörterungen, wo die Geister auf einander platzen und die durch den Widerspruch erregten Gegensätze sich in praktischen Beispielen beleuchten, ist die Gefahr, durch ein Missverständniss eines Uebersetzers in die Irre geführt zu werden, ganz illusorisch, und es ist verkehrt zu glau-

[337]) Die zweite Ausgabe der Hamiltonübersetzung hat verschiedene für den Gebrauch der indischen Beamten unpraktische Materien weggelassen, und doch enthält das Werk ohne das Register 709 zweispaltige enggedruckte Seiten!

ben, dass es hier, wie etwa bei der Gortyn'schen Inschrift, auf eine Exaktheit von Wort zu Wort ankomme. Die vorliegende Uebersetzung ist voll genügend, um uns ein Bild zu geben von dem Stande der Frage; und dass dieselbe so ist, wie ich seiner Zeit dargelegt habe, dass hier insbesondere von dem Kommissionär und von dem Uebergang des Eigenthums auf den Kommittenten die Rede ist, wird sich daraus sofort ergeben.

In der Hamilton'schen Uebersetzung der *Hidaya* (zweite Ausgabe von Grady, London 1870) p. 378 f. (*Hidaya* III 23 c. 1) heisst es:

The contracts concluded by agents are of two kinds. — First, such as the agent refers to himself and which do not depend, in any degree, on the constituent; as in the cases of sale or hire, which relate to the agent and not to the constituent. Shafei maintains that the rights of sale appertain to the constituent, because the rights of a contract of sale are dependants of the effects of it; and as the effect, namely, right of property, appertains to the constituent, so in the same manner its dependant also appertains to him: an agent for sale, therefore, is the same as a messenger or an agent for marriage. — The arguments of our doctors are that an agent is the contracting party, both in reality and in effect; in reality, because the contract is formed by speech, and the speech of the agent is authentic because he is a man; and in effect, because, being himself competent, there is no necessity for the reference of the rights of the contract to the constituent; whereas, if he were merely a messenger, he would not be exempt from the necessity of referring the rights of the contract to the constituent, as is the case with a messenger. Now since such is the nature of agency, it follows that an agent is considered as a principal in regard to the rights of the contract, and hence Kadooree in the treatise which bears his name, says „an agent for sale delivers the goods and takes possession of the purchase-money, and is liable to be sued for any defect in the subject of the sale" — and on the other hand, „an agent for purchase receives the goods, and delivers the price, and may sue the seller for any defect in the goods" — because all these

are considered as the rights of sale. The constituent, moreover, is the proprietor of the thing purchased through his agent, ab initio; in the same manner as when a slave accepts a gift or catches game or gathers fire-wood; in all which cases the master is proprietor of the gift, of the game, or of the firewood, ab initio, that is to say, the property is not held first to rest in the slave and then to shift from him. — This doctrine of the primary existence of the right of property in the constituent is approved — contrary to Koorokhee, who maintains that, in consequence of the purchase, the right of property rests originally in the agent, and from him shifts to the constituent.

Secondly, such as the agent refers the performance of to his constituent and in which he has an immediate interest, such as marriage, Khoola, or composition for wilful murder; in all which cases the rights appertain to the constituent and not to the agent.[338]) — *Hence no demand can be made on the husband's agent for the dower; nor can the wife's agent be required to deliver over the dower to her husband; for in these cases the agent is a mere messenger and is not exempt from the necessity of referring the performance to his constituent: for if the agent, in the case of marriage, were to refer the performance to himself, it would become his marriage, and not that of the constituent (whence the necessity for considering him as a mere messenger). — The reason of this is, that as none of these contracts are of a nature to admit of the agent first acting in them as a principal, he is therefore obliged to refer them to the constituent, and to act himself as a mere messenger.*

In einer späteren Stelle heisst es (p. 379): „*If a consti-*

[338]) So heisst es auch in Alamgir's grossem Rechtsbuche (wiedergegeben von Baillie, ***Digest of Moohummadan Law***, London 1875) I p. 75: ***There are some contracts, such as sale, purchase and hiring, which an agent is under no necessity of referring to his principal, but may contract in his own name, and in these, the rights and obligations of the contract are the agent's, in the same way as if he were the principal and the principal a stranger. There are other contracts, in which the agent is no more than a negotiator, and the principal himself must be referred to as the contracting party, and he alone is entitled to the rights and liable to the obligations of the contract.***

tuent, in the case of having sold goods through his agent, should demand payment of the price from the purchaser, the purchaser may lawfully refuse to comply; because, with respect to the contract or its rights, the constituent is as a stranger since the rights of the contract appertain to the contracting party". In der Folge heisst es dann, dass nichtsdestoweniger eine an den Kommittenten geleistete Zahlung gültig ist, weil ja das Geld doch durch Vermittlung des Mandatars an ihn gelangen würde. Ferner wird mit grosser Feinheit der Fall erörtert, wenn der dritte Schuldner eine Gegenforderung hat gegenüber dem Kommittenten und eine solche gegenüber dem Mandatar. Es wird hierbei entschieden: hat er eine Gegenforderung gegen den Kommittenten, so kann er diese in Abzug bringen; hat er eine solche gegen den Mandatar, so steht es nach Hanifa und Mohammed in seiner Willkühr, dieselbe zum Abzug zu bringen — denn der Mandatar könnte ihm ja auch den Kaufpreis erlassen; natürlich haftet dann der Mandatar insofern dem Mandanten. Jedoch wenn ihm beide schuldig sind, so soll er nicht beide Gegenforderungen abziehen können, sondern nur die des Kommittenten.[339])

Soweit die Hidaya in der dem Nichtorientalisten zu Gebote stehenden englischen Uebersetzung. Ich glaube, Niemand wird mehr im Zweifel sein können, dass hier zunächst von dem in seinem Namen handelnden Mandatar, also von dem Ersatzmanne, von dem Kommissionär die Rede ist. Wie kann man hier bezweifeln, dass eben die Frage, welche uns bewegt, nämlich die Frage über den unmittelbaren Uebergang des Eigenthums von dem Verkäufer auf den Kommittenten in Diskussion steht? Wie kann man zweifeln, dass von einer Person die Rede ist, welche in ihrem Namen kontrahirt, welcher daher auch der Kontraktsanspruch zusteht — so sehr, dass umgekehrt der Kommittent zur Klageerhebung nicht berechtigt ist?

§ 2.

Mit grosser Anschaulichkeit ist die Differenz zwischen Schafii und Abu Hanifa dargestellt. Schafii argumen-

[339]) Vgl. hierüber meine Abhandlung in der Z. f. vgl. Rechtsw. VI S. 255.

tirt so: der Effekt des Geschäfts ist der Eigenthumserwerb des Kommittenten; dieser Effekt bestimmt das Geschäft in seiner Konstruktion: soll der *dominus* Eigenthümer werden, so liegt kein Grund vor, das Geschäft anders zu konstruiren, als so, dass der Erwerb durch den Mandatar sofort zu einem Eigenthumserwerb des *dominus* führt. Abu Hanifa argumentirte nicht von dem Effekte, sondern von der Art des Geschäftsabschlusses aus; allerdings nahm auch er den Effekt in Betracht, allein er dachte ihn durch einen Zwischeneffekt vermittelt: der Kommissionär kontrahirt im eigenen Namen, und er kann im eigenen Namen kontrahiren, da er eine rechts- und handlungsfähige Persönlichkeit ist; er braucht ja den Kommittenten, für welchen er handelt, gar nicht anzugeben; er braucht es um so weniger, als es sich hier nicht um Zahlung, sondern um einen obligatorischen Vertrag handelt, und als es sich nicht etwa darum handelt, für den Dominus ein Geschenk zu geben; vielmehr geht der Kontrakt auf Leistung gegen Gegenleistung, wobei sich der Mitkontrahent auf den Kommissionär, als seinen Kontraktsmann, verlässt. Da mithin der Vertrag des Kommissionärs ein Vertrag in seinem eigenen Namen ist, so treten, wie alle anderen Folgen, so auch die Folge des Eigenthumserwerbs der gekauften Sache zunächst in seiner Person ein, und wenn der Kommittent das Eigenthum erwerben will, so muss dies mithin auf indirektem Wege geschehen.

Soweit Abu Hanifa. Zur Zeit der Hidaya aber waren auch die Hanefiten über den ursprünglichen Standpunkt ihrer Schule hinausgekommen. Die Opposition hatte hier reformirend gewirkt; man darf nicht vergessen, dass zwischen dem Tode Abu Hanifa's und der Hidaya einige Jahrhunderte dazwischen liegen; und wie der Sabinianer *Gajus* mitunter es erleben musste, dass die proculejanischen Ideeen zum Siege gelangten, so geschah es auch der Schule der Hanefiten. Es ist nicht zweifelhaft, dass von den Worten: *The constituent moreover is the proprietor of the thing purchased* an die Darstellung des Rechts der modernen Hanefiten beginnt: der Erwerb durch den Kommissionär wird dem Erwerb durch den

Sklaven gleichgestellt; der Dominus soll erwerben, warum soll er nicht direkt erwerben? warum nicht der direkten Uebergang auf den *dominus*, da ja der Dritte hierdurch in keiner Weise geschädigt wird, er vielmehr nichtsdestoweniger seinen vollen Anspruch gegen den Kommissionär behält? Allerdings fehlte es nicht an Dissentienten — allein über diese setzte man sich hinweg.

§ 3.

Diese freiere Anschauung führt aber, wenn es sich um den Kauf generischer Dinge, d. h. um den Kauf von Gegenständen aus einem bestimmten Genus handelt, zu Schwierigkeiten, weil es streitig sein kann, ob der Kauf eines bestimmten Quantums solcher Dinge von Seiten des Kommissionärs eben der Kauf kraft des ihm ertheilten Auftrages ist, und nicht ein Kauf im eigenen Interesse — denn bei Aufträgen, welche nicht auf einen bestimmten individuellen Gegenstand gerichtet sind, ist ja der Erwerb einer zu dem Genus gehörigen Sache nicht schon nothwendig ein Kauf in Ausführung des Auftrages: er kann es sein, er muss es nicht sein.[340] Diese Schwierigkeit haben die Islamiten wohl gefühlt, und sie suchten ihr auf folgende Weise zu begegnen (Hidaya p. 383): hat der Kommissionär bei dem Kauf erklärt, dass er die Sache mit dem Gelde des Kommittenten oder dass er sie für den Kommittenten erwerbe, so findet der unmittelbare Uebergang des Eigenthums statt; liegen keine solche Kriterien vor, so gilt der Erwerb einstweilen für den Kommissionär — doch fällt die Sache dem Kommittenten zu, wenn mit seinem Gelde gezahlt wird.

§ 4.

Von diesem Standpunkte musste es als fraglich erscheinen, ob der Kommissionär an der Sache ein Retentionsrecht habe bis zur erfolgten Vergütung des Kaufpreises. Zufar bestritt dieses Recht, weil der Kommissionär die Sache für den Kommittenten inne habe und darum nicht berechtigt sei, sie der

[340]) Daher hat man bekanntlich auch bei uns die Distinktion aufgestellt, dass es darauf ankäme, ob die Kommission auf eine bestimmte Sache oder auf ein Genus gehe.

Disposition des Kommittenten zu entziehen — ebensowenig als wenn er die Sache bereits dem Kommittenten übergeben hätte. Diese Meinung drang aber nicht durch; denn wenn die Innehabung des Kommissionärs auch für die Kommittenten stattfindet, so ist es doch die Innehabung des Kommissionärs, und diese berechtigt zur Retention (Hidaya p. 381).

§ 5.

Wie verhält es sich aber mit der Gefahr der Sache? Hier müssen wir uns daran erinnern, dass nach der Lehre Abu Hanifa's und Schafii's die Gefahr des Kaufes (wie im germanischen Rechte) erst mit der Tradition übergeht, und dass ferner nach Abu Hanifa's Lehre der Pfandgläubiger die Gefahr des Pfandes trägt, soweit das Pfandobjekt dem Betrag der Forderung entspricht. Dieser Umstand war von grosser Wichtigkeit für die Entscheidung der Frage über den Eigenthumswechsel. Weil man den Kommissionär von der Gefahr entlasten wollte, liess man das Eigenthum unmittelbar auf den Kommittenten übergehen; denn sonst hätte sich gewiss vielfach die Ansicht geltend gemacht, dass der Einkaufskommissionär einem Verkäufer gleichstehe und die Gefahr der Sache zu tragen habe bis zur Ablieferung — und dies wollte man eben vermeiden; vgl. Hidaya p. 383. In einem Falle ist dies doch geschehen: wenn nämlich der Einkaufskommissionär sein Retentionsrecht geltend macht. Dass diejenigen, welche kein Retentionsrecht anerkannten, den retinirenden Kommissionär einem Usurpanten gleichstellten und wie einen solchen haften liessen, ist selbstverständlich — dies that denn auch Zufar. Aber auch diejenigen, welche ein Retentionsrecht statuirten, nahmen eine Haftpflicht des Kommissionärs an; sie liessen ihn haften wie einen Verkäufer vor der Tradition: ging die Sache unter, so war der Kommittent von der Preiszahlung frei; so Abu Hanifa und Mohammed. Einen anderen Weg schlug Abu Yusuf ein: der Kommissionär sollte haften — nicht wie ein Verkäufer, sondern wie ein Pfandgläubiger; er argumentirte, wie der römische Jurist, dass das Retentionsrecht *pignoris loco* sei; daraus folgt: bis zu dem Werthe des Kaufpreises haftet

der Kommissionär für den *Casus*, über diesen Betrag hinaus haftet er einem Aufbewahrer gleich; so Hidaya p. 381 f. Abu Yusuf argumentirte von dem Standpunkte aus, dass das Eigenthum bereits auf den Kommittenten übergegangen sei. Während daher Abu Hanifa davon ausging, dass die Sache einstweilen noch eine Sache des Kommissionärs sei, welche gegen Preiszahlung dem Kommittenten übereignet werden solle, so ging Abu Yusuf von der Konstruktion aus, dass das Eigenthum bereits auf den Kommittenten übergegangen sei, mithin der Kommissionär die Sache als eine fremde Sache innehabe und sein Recht daher nicht Eigenthum, sondern ein dem Pfandrecht vergleichbares Recht sei. Hören wir Abu Yusuf selbst: *the thing in question, in the hands of the agent, was not at first a subject of responsibility, but became so in consequence of detention with a view to satisfaction for the price; and the same is the actual property of a pledge* (Hidaya p. 382).

§ 6.

Eine eigenthümliche Komplikation trat ein, wenn der Kommissionär eine in der Erwerbs- oder Handlungsfähigkeit beschränkte Person war, z. B. ein Kind oder ein Sklave. In solchem Fall ist zwar die rechtsgeschäftliche Thätigkeit des Kommissionärs nicht nichtig — vorausgesetzt wird, dass das Kind gereift genug ist, um die Bedeutung des Aktes zu verstehen; aber da das Geschäft für den Kommissionär nicht wirksam sein kann, so wurde angenommen, dass es direkt wirksam sei für den *dominus*. Die Sache wurde so behandelt, als ob der Kommissionär nicht Kommissionär, sondern Stellvertreter wäre. Abu Yusuf aber vertrat die sehr raisonable Meinung, dass es in solchem Falle in der Wahl des Mitkontrahenten stehe, den Vertrag gelten zu lassen oder nicht — denn der Mitkontrahent kann ja speziell mit Rücksicht auf den Kommissionär als Kontrahenten sich eingelassen haben (Hidaya p. 378) — vorausgesetzt natürlich, dass der Mitkontrahent von der betreffenden Situation der Persönlichkeit nichts wusste: *because having concluded the bargain on a supposition that they were competent to fulfil the rights of it!*

§ 7.

Ob der *dominus* das Geschäft des Kommissionärs anerkennen muss, hängt zunächst von den Bedingungen ab, welche er dem Kommissionär gesetzt hat. Wurden solche Bedingungen nicht gestellt, so ist der Kommissionär in der Art der Geschäftsführung frei; dies nahm Abu Hanifa insbesondere an für den Verkaufskommissionär, während andere den Satz statuiren wollten, dass der Verkauf unter ungünstigen Bedingungen nichtig sei; mit Recht wies Abu Hanifa darauf hin, dass ein Verkauf unter ungünstigen Bedingungen oft durch die Sachlage geboten sei und dass auch ein Verkauf zu niederem Preise keine Schenkung involvire (Hidaya p. 387). Weniger wurde dies für den Einkaufskommissionär anerkannt: der Kommittent braucht den Kauf nur anzuerkennen, wenn derselbe nicht bedeutend über dem wahren Preise ist; bei dem Einkaufskommissionär ist auch besondere Vorsicht geboten, weil hier sehr leicht die Gefahr obschwebt, dass der Kommissionär einen ungünstigen Kauf, den er gemacht, auf den Kommittenten überwälzt. Eine Ausnahme wurde darum statuirt für den Fall, dass die Kommission auf eine individuelle Sache gerichtet ist, weil hier jene Befürchtung zessirt — dies um so mehr, als es dem Kommissionär verboten ist, die spezielle Sache, welche er für den Kommittenten kaufen soll, für sich zu erwerben (Hidaya p. 388. 382).

Hat der Kommittent ein Limito gesetzt, so braucht er den Einkauf des Kommissionärs nicht anzuerkennen, wenn derselbe das Limito überschreitet. Gestritten wird darüber, ob, wenn der Kommissionär für 100 ein bestimmtes Quantum kaufen soll und für diese 100 das doppelte Quantum zu kaufen vermag, der Kommittent in diesem Falle das doppelte Quantum zu 100 übernehmen muss oder nur das von ihm bestellte Quantum zu 50. Abu Hanifa ist für das letztere — und wohl mit Recht; denn dem Kommittenten pflegt es auf die Waare anzukommen, und wenn die Waare billiger beschafft werden kann, so will er für die Waare weniger bezahlen, er will nicht für das gleiche Geld mehr Waare.

§ 8.

Aus dem Gesagten geht auch von selbst hervor, wie richtig man die Kommission von dem *contractus aestimatorius* schied. Das Limito hat nicht die Bedeutung, dass die günstigere Konjunktur dem Kommissionär zugute käme: der Kommissionär darf den Vortheil nicht behalten; der Vortheil, der Ueberschuss, kommt dem Kommittenten zu Gute (Hidaya p. 382). Umgekehrt kann ersterer aber auch Ersatz verlangen für alles, was ihm durch das kommittirte Geschäft an Verbindlichkeiten erwachsen ist; so insbesondere wenn die von ihm verkaufte Sache wegen Gewährsmängel redhibirt wird. Jedenfalls gilt dies dann, wenn die Redhibition auf Grund richterlichen Befehles stattfindet; dagegen hegte man Bedenken, eine Rücknahmepflicht des Kommittenten zu statuiren, wenn der Kommissionär die Sache ohne richterliches Dekret freiwillig zurückgenommen hatte; denn man argumentirte, dass eine solche freiwillige Rücknahme des Kommissionärs wie ein neues Geschäft, wie ein Rückkauf anzusehen sei, also wie ein Rückkauf durch den Kommissionär nicht *qua* Kommissionär, sondern kraft eines ausserhalb des Kommissionsverhältnisses stehenden Aktes, welcher mithin nicht in der Lage sei, eine Verbindlichkeit des Kommittenten wachzurufen — eine sicher verfehlte Argumentation, welche übrigens keine allgemeine Anerkennung fand; nur muss es sich um Mängel handeln, welche offenbar waren und welche sicher bereits zur Zeit des Verkaufs existirten (Hidaya p. 389 f.).

§ 9.

Der Kommissionär haftet in Ausübung seiner Vertragspflichten für Sorgfalt, aber nicht für *casus*. Wenn er daher berechtigter Maassen kreditirt, so hat er für die Folgen des Kreditgebens nicht einzustehen (Hidaya p. 390).

§ 10.

Besondere Konstellationen treten im islamitischen Kommissionsrechte ein im Falle des Salamgeschäfts; Salam ist bekanntlich der Kauf gewisser Arten künftig zu leistender Sachen

gegen Barzahlung.[341]) Ein solches Geschäft hat keine Schwierigkeit bei dem Einkaufskommissionär, denn die Baarzahlung wird vom Einkaufskommissionär geleistet; Schwierigkeiten aber erheben sich bei dem Verkaufskommissionär: denn dieser soll in Zukunft leisten, während die Barzahlung nicht ihm, sondern direkt oder indirekt dem Kommittenten zukommt, so dass mithin das unerlässliche Erforderniss des Salamgeschäftes: Barzahlung an den Verkäufer hierbei nicht erfüllt wird; daher wird eine solche Kommission für Salam beanstandet, — sie wird beanstandet, ebenso wie ja auch ein Salamgeschäft, bei welchem die Barzahlung nicht durch ein *dare* des *pretium*, sondern durch Anrechnung oder Kompensation stattfindet, nichtig ist[342]), und ebenso wie es nichtig ist, wenn bei dem Salam der Verkäufer den Kaufpreis auf einen Dritten überträgt, bevor er ihn empfangen hat; denn es ist unwandelbares Erforderniss, dass der Verkäufer für die künftige Leistung Bargeld erhält, Hidaya p. 304.

§ 11.

Eine weitere interessante Konstellation des Kommissionsgeschäfts ist folgende: es schuldet mir Jemand 1000, ich beauftrage ihn, mir für diese 1000 eine bestimmte oder unbestimmte Sache zu kaufen, d. h. ich beauftrage ihn, mir für diese Summe und zur Deckung derselben als Einkaufskommissionär zu fungiren. Wie ein Auftrag überhaupt nicht bloss *credendi*, sondern auch *solvendi causa* geschehen kann — d. h. so dass die Deckung des Mandatars nicht etwa künftig erfolgen soll, sondern bereits erfolgt ist, so dass also die *actio mandati contraria* wegfällt: so ist es auch bei der Kommission. Diese Konstellation wird von den islamitischen Juristen eingehend besprochen. Namentlich kam auch hier die Frage über den Eigenthumswechsel und Gefahrübergang in Betracht. Und ebenso die Frage über die Zulässigkeit des Salam. Von Abu Ḥanifa's Seite argumentirte man hierbei in eigenthümlicher Weise; man sagte: ein solcher Salam kann kein Salam zu Gunsten des *dominus*

[341]) Vgl. Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft VI S. 241.

[342]) Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft VI S. 242.

sein; denn ein solcher würde voraussetzen, dass der *dominus* an den Verkäufer der Sache bezahle, hier zahle aber der Kommissionär; und man könne nicht sagen, dass die Sache so anzusehen sei, als ob der Kommissionär das Geld an den *dominus* und dieser es an den Verkäufer zahle, da ja der Verkäufer vom *dominus* nicht aufgestellt sei, um das Geld für ihn zu empfangen. Eine Ausnahme solle nur dann eintreten, wenn der *dominus* den Verkäufer bezeichnet hätte, da in einer solchen Bezeichnung zugleich eine Konstituirung des Verkäufers als Zahlungsempfänger liege, so dass jetzt die Zahlung des Kommissionärs an den Verkäufer einer Zahlung an den *dominus* gleichstehe und es nunmehr so zu betrachten sei, als habe der Kommissionär an den *dominus* und sodann dieser an den Verkäufer gezahlt.[343]) Ueber diese künstliche Argumentation setzte man sich aber hinweg; der, welcher kauft, ist der Kommissionär: er zahlt, und der Umstand, dass er erklärt, er zahle, was er dem Kommittenten schulde, bietet nur ein Motiv, welches auf die Gültigkeit der Zahlung nicht influirt. Der Salam ist daher vollgültig als Salam des Kommissionärs, und nur darauf kommt es an.

Das Obige mag zeigen, wie eingehend sich die Jünger des Islam mit brennenden Fragen der Gegenwart befasst haben.

V.

Ueber das Recht der Schenkung.[344])

§ 1.

Der Satz, dass die Schenkung als Leistung ohne Gegenleistung erst späterer Entwicklung ist, und dass ursprünglich nur eine Leistung gegen Gegenleistung wirksam war, findet im islamitischen Rechte eine glänzende Bestätigung. Die Schenkung ist nach Hanefitischer Anschauung *rebus sic stantibus* frei widerruflich, sie hört auf, widerruflich zu sein, sobald eine Gegen-

[343]) Vgl. über solche Auffassungen auch meine Abhandlung in d. Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft VI S. 243.

[344]) Vgl. Syed Ameer Ali p. 37 f.

leistung gegeben ist;[345] ausserdem wird sie unwiderruflich mit dem Tode eines der beiden Kontrahenten, sie wird auch unwiderruflich durch Aenderung der Verhältnisse des Schenkungsobjekts, nämlich dadurch, dass der Beschenkte über das Schenkungsobjekt disponirt oder dasselbe einer durchgreifenden Aenderung unterwirft (Hidaya p. 485 f., Baillie I p. 534; Querry I p. 598. 600, Baillie II p. 205. 208; Khalil [Perron V p. 86 f. 90], Firuzabadi p. 217 f.; Minhadj Attal. II p. 195 f.).[346] Uebrigens braucht die Aenderung der Sache keine Spezifikation zu sein, auch das Färben eines Kleides wird für genügend erklärt.[347] Ja, Abu Hanifa und Mohammed erachten bereits einen Transport der Sache, welcher Kosten verursacht und zur Werthvermehrung beiträgt, als hinreichenden Werthwandel, um die Revokation auszuschliessen (Baillie I p. 534).

Dagegen ist ein blosser Verzicht auf das Revokationsrecht nichtig (Baillie I p. 537).[348]

Eine Schenkung mit Launegild ist Schenkung, sofern die Tradition zur Perfektion erforderlich ist; in Bezug auf Eviktion, Redhibition u. s. w. wird sie dem Kaufe gleich behandelt. Wird bei der Schenkung ausbedungen, dass der Beschenkte eine Gegengabe gewähre, so erzeugt dies keine Verpflichtung zur Gegengabe, sondern es tritt nur das Revokationsrecht ein. Wird die Gegengabe nicht bezeichnet, so steht der Gegenstand derselben im Belieben des Beschenkten. Doch wird auch die Ansicht vertreten, dass sie dem Schenkungsobjekt gleichwerthig sein müsse.[349]

Ausgeschlossen ist die Revokation bei Schenkungen an die nächsten Blutsverwandten (innerhalb des Eheverbotes) und bei Schenkungen zwischen Mann und Frau, weil in der Erhöhung

[345] Ueber dieses Launegild (*'iwadh*) vgl. ausführlich Syed Ameer Ali p. 149 f. Dasselbe kann auch durch einen Dritten gegeben werden, *ib*. p. 154.

[346] Vgl. auch Sautayra et Cherbonneau II p. 365, Grady p. 194 f.

[347] Vgl. Syed Ameer Ali p. 174.

[348] Syed Ameer Ali p. 142.

[349] Syed Ameer Ali p. 173. 177.

der Zuneigung eine genügende Gegengabe erkannt wird[350]) (Hidaya p. 486, Baillie I p. 533, Querry I p. 598, Baillie II p. 205); vgl. auch Sautayra et Cherbonneau II p. 366, Grady p. 192 f.

Ausgeschlossen ist der Widerruf auch bei Almosen, weil die Almosen in dem religiösen Verdienst des Gebers bereits genügend belohnt sind (Hidaya p. 489, Baillie I p. 554; Khalil [Perron V p. 85 f.]) — sofern der Schenker sich nicht den Widerruf vorbehalten hat.[351])

Der Widerruf einer durch Tradition vollzogenen Schenkung wirkt aber nicht schon für sich; er wirkt erst mit dem Momente, wo der Beschenkte den Widerruf anerkennt oder der *kâdhî* denselben bestätigt. Ist dies erfolgt, so tritt ein Rückfall des Eigenthums ein — aber nur mit Wirkung *ex nunc* (Baillie I p. 535);[352]) dagegen ist eine Besitzergreifung von Seiten des Revozirenden nicht nöthig, denn es handelt sich nicht um eine Rückschenkung, sondern um eine Zerstörung der Wirkung der ersten Schenkung (Baillie I p. 537).[353])

Obgleich die Revokation *de jure* zulässig ist, so ist die Hanefitische Rechtskultur soweit fortgebildet, dass die Revokation als moralisch verwerflich erklärt wird (Baillie I p. 533). Vgl. auch Grady p. 194.

---

[350]) Insbesondere gilt dies von Schenkungen an die Eltern; bezüglich der übrigen Verwandten ist die Sache nicht unbestritten geblieben. Unter den Schiiten ist die Meinung verbreitet, dass bei Schenkungen unter Ehegatten die Revokation zwar verwerflich, aber nicht rechtlich unstatthaft sei. Doch wird auch das Gegentheil vertreten (Baillie II p. 205 f.). Vgl. Syed Ameer Ali p. 140. 171.

[351]) Syed Ameer Ali p. 147 f. Daher in vielen Schenkungsakten die Klausel, dass die Schenkung im Hinblick auf das Jenseits gemacht sei (Sautayra et Cherbonneau II p. 364) — denn dadurch wird die Schenkung gefestigt.

[352]) Vgl. Syed Ameer Ali p. 141 f. Würde daher der Schenker vor dem erfolgten Rückfall die Sache verkaufen, so wäre der Kauf nichtig (Querry I p. 598 f., Baillie II p. 207; Syed Ameer Ali p. 172). Die Früchte, welche der Beschenkte bezogen hat, braucht derselbe bei der Revokation nicht zu restituiren (Querry I p. 600, Baillie II p. 208).

[353]) Syed Ameer Ali p. 147.

Den Hanefiten stimmen im Grossen und Ganzen die Schiiten bei.[354])

Schafii ist fortgeschrittener Meinung; nach ihm ist die Schenkung unwiderruflich, den Fall ausgenommen, wo die Schenkung von einem Aszendenten herrührt; dass er sich dabei auf ein Wort des Propheten berief, ist bei der Art der Islamiten sehr begreiflich (Hidaya p. 485, Minhadj II p. 195, Tuhfa in Bijdragen p. 378).

Auch die Malekiten beschränken das Revokationsrecht auf den Fall, wo der Vater seinem Kinde oder wo die Mutter zu Lebzeiten ihres Mannes dem minderjährigen Kinde geschenkt hat (Khalil [Perron V p. 84]).[355])

Und auch die Hanefiten schliessen den Widerruf aus bei dem schenkweisen Erlasse, weil ja die erlassene Forderung nicht wieder aufleben kann[356]) (Baillie I p. 535. 536).

§ 2.

Der Schenker muss volljährig, frei und gesunden Geistes sein.[357])

Einer besonderen Form bedarf die Schenkung nicht; insbesondere kann dieselbe auch mündlich erfolgen.[358]). Nur bedarf es zu ihrer Perfektion der Sachübergabe — wovon alsbald die Rede sein wird.

Eine Schenkung unter einem *dies a quo* oder unter einer Suspensivbedingung ist nichtig.[359]) Die Beifügung eines *dies ad quem*, eines *modus*, einer Resolutivbedingung dagegen ist selbst nichtig, und Resolutivbedingung, *dies* und *modus* wird

---

[354]) Syed Ameer Ali p. 140. 171.

[355]) Vgl. Sautayra et Cherbonneau II p. 363 f., Syed Ameer Ali p. 139.

[356]) Syed Ameer Ali p. 146.

[357]) Syed Ameer Ali p. 47 f.

[358]) Sautayra et Cherbonneau II p. 354; Grady p. 196.

[359]) Vgl. Grady p. 199, Syed Ameer Ali p. 158. 161. Dies gilt nicht von der *conditio in praeteritum* oder *in praesens relata*. Die Bedingung: „wenn ich sterbe," macht die Schenkung zu einem Legate.

gestrichen (Firuzabadi p. 216).[360]) Dies geht soweit, dass (bei den Hanefiten) die Schenkung einer Leibrente als Schenkung einer Ewigrente gilt; denn zeitliche Beschränkungen gelten als der Natur der Schenkung zuwider (Hidaya p. 488 f., Baillie I p. 547). Dagegen ist die Schenkung eines Usufrukts oder eines anderen analogen Genussrechts statthaft.[361]) Gestrichen wird insbesondere auch die Auflage, den geschenkten Sklaven freizulassen (Baillie I p. 517), oder ihn nicht zu verkaufen (Baillie I p. 547).[362])

Ungültig ist die Schenkung einer fremden Sache; und ist der Schenker in solchen Vermögensverhältnissen, dass die Gläubiger des Zugriffs auf die verschenkte Sache bedürfen, so können dieselben bei dem *kâdhî* einen Beschlag auf die Sache erwirken und dadurch die Schenkung hindern.[363])

Ungültig ist die Schenkung einer künftigen Sache; dies geht soweit, dass auch die Schenkung von Früchten am Baume nichtig ist, weil sie erst getrennt werden müssen (Hidaya p. 484. 488, Baillie I p. 515 f.).[364]) Doch dies steht im Zusammenhang mit dem Traditionsgedanken, auf welchen nunmehr überzugehen ist.

§ 3.

Die Schenkung wird erst perfekt mit Besitzübergabe,[365]) und erst mit diesem Momente geht auch das Eigenthum über (Hidaya p. 482 f., Baillie I p. 520 f., Querry I p. 590, Baillie II p. 207, Khalil [Perron V p. 74], Minhadj II

---

[360]) Die Schiiten erkennen den *modus* an; vgl. Syed Ameer Ali p. 128 f. Auch die Schafiiten sind freier; vgl. *ib.* p. 175 f.

[361]) Syed Ameer Ali p. 130. Insbesondere bei den Schiiten, vgl. *ib.* p. 167 f.

[362]) Syed Ameer Ali p. 158.

[363]) Syed Ameer Ali p. 56 f.

[364]) Syed Ameer Ali p. 77 f., Grady p. 183. 200. Daher kann auch eine Schenkung des ganzen Vermögens nur das gegenwärtige Vermögen ergreifen. Vgl. Entscheidungen bei Grady p. 191 f.

[365]) Auch dieser Satz ist universell; er beruht auf dem Widerstand, welchen die Rechtsordnung dem Schenkungsinstitute entgegensetzte.

p. 195).[366]) Man betrachtete daher alle Schenkungen als nichtig, welche sich nicht sofort durch reine Besitzergreifung realisiren liessen.[367]) Daraus erklärt sich auch folgende Beschränkung:

Ungültig ist nach Anschauung der Hanefiten die Schenkung von Miteigenthum, bevor dasselbe abgetheilt ist. Dies geht nach Abu Hanifa soweit, dass, wenn Jemand eine Sache zweien Personen zusammen schenke, diese Schenkung ungültig sei, weil eine solche Schenkung eben als Schenkung zweier Miteigenthumshälften betrachtet wird. Die beiden Schüler setzten sich über diese Konsequenz hinweg (Hidaya p. 483. 485, Baillie I p. 523 f.).[368]) Schafii verwarf die ganze Beschränkung (Hidaya p. 483); ebenso die Schiiten (Querry I p. 597, Baillie II p. 204).[369]) Uebrigens erkennen auch die Hanefiten die Beschränkung nur an bezüglich der theilbaren Sachen, bei untheilbaren Dingen sahen sie sich veranlasst, den ganzen Satz fallen zu lassen.

Von den erwähnten Prinzipien abweichend, entscheiden die Malekiten, dass zwar die Tradition zur Erlangung des Eigenthums, nicht aber zur Perfektion der Schenkung erforderlich sei: die Schenkung ist als obligatorischer Vertrag schon

---

[366]) Grady p. 183, 198 f.; vgl. Sautayra et Cherbonneau II p. 356. Daher finden sich in den Schenkungsurkunden durchgängig die Klauseln der Uebergabe und Empfangnahme (wie im Mittelalter die *clausula saisinae et dessaisinae*), ohne dass jedoch die Klausel allein genügen würde.

[367]) Dies geht soweit, dass man sogar die Schenkung eines Hauses beanstandete, welches der Schenker noch nicht vollständig ausgeräumt hatte, und man musste zu dem Mittel greifen, einstweilen bezüglich der zurückbleibenden Möbel einen Depositionsvertrag einzugehen (Baillie I p. 527). Man sagte: die Schenkung einer Sache wird nicht beeinträchtigt, wenn sie eine andere Sache besetzt, wohl aber, wenn sie von einer anderen Sache besetzt wird: die Schenkung der Möbel ist gültig, auch wenn sie im Hause des Schenkers stehen, nicht aber die Schenkung des Hauses, wenn darin Möbel des Schenkers sich befinden (Baillie I p. 528 f.).

[368]) Vgl. Grady p. 202 f. Wenn dagegen zwei Miteigenthümer ihre Sache einem Anderen schenken, so ist die Gültigkeit unbestritten (Hidaya p. 485, Baillie I p. 525).

[369]) Grady p. 186 f.. Syed Ameer Ali p. 78. Bezüglich der Praxis der indischen Gerichte vgl. *ib.* p. 88 f.

vor der Tradition bindend, die Tradition kann erzwungen werden.[370])

Soweit, was die Sachschenkung betrifft. Eine Schenkung kann aber auch erfolgen durch Erlass einer Forderung. Eine solche Remission wirkt, sie wirkt auch ohne Annahme; nur hat der Schuldner das Recht der Repudiation.[371]) Doch wirkt auf solche Weise der Erlass nur persönlich; ein vom Schuldner angenommener Erlass aber befreit auch den Bürgen (Baillie I p. 531; vgl. auch Querry I p. 596, Baillie II p. 203).

Ob auch eine Schenkung durch Zession möglich ist, wird bestritten; die überwiegende Ansicht war bei den Schiiten für das Gegentheil (Querry I p. 596, Baillie II p. 203); doch hat man sich darüber hinweggesetzt; bei den Hanefiten ist die Zulässigkeit der Schenkungszession sicher.[372])

§ 4.

Inter vivos besteht keine Pflichttheilsschranke, nur die Verfügungen auf dem Todtenbette werden den Dispositionen *mortis causa* gleichgestellt. Daher ist auch eine Schenkung des ganzen Vermögens statthaft.[373]) Fraglich ist es, ob der Vater durch Schenkungen unter Lebenden das eine Kind vor dem andern begünstigen darf. *De jure* besteht keine Schranke; dagegen gilt es als moralisch verwerflich, das eine Kind zu begünstigen, ohne dass hierfür sachliche Gründe vorliegen (Baillie I p. 538, Querry I p. 598, Baillie II p. 205).[374]) Nach

[370]) Sautayra et Cherbonneau II p. 361. 363.

[371]) Uebrigens wird die Sache von Rechtsschulen verschieden aufgefasst. auch wird mannichfach unterschieden. Vgl. Syed Ameer Ali p. 108. 160. 169. Der Unterschied ist besonders wichtig, wenn man annimmt, dass das Repudiationsrecht ein persönliches ist: stirbt der Schuldner, ohne es ausgeübt zu haben, so ist die Schuld definitiv erloschen. Dies war namentlich die Ansicht des Hanifaschülers Mohammed. Noch wichtiger ist, wenn man annimmt, dass die Repudiation sofort geäussert werden muss; dies nahmen Viele an..

[372]) Syed Ameer Ali p. 67 f. 76 f. 106 f. 162 f.

[373]) Sautayra et Cherbonneau II p. 353.

[374]) Syed Ameer Ali p. 163. 170: Grady p. 182.

Minhadj Attal. II p. 195 können die Eltern, von den Grundsätzen der Erbfolge abweichend, jedem Kinde einen gleichen Theil geben.[375]) In Algier tritt die Jurisprudenz den Schenkungen an Kinder entgegen, wenn sie zum Zwecke haben, die gesetzliche Erbfolge zu untergraben.[376]) In Indien dagegen bedient man sich vielfach der Schenkung, um den Ausschluss des Repräsentationsrechts und die Zurücksetzung der weiblichen Linie auszugleichen.[377])

VI.

Erbrecht.

§ 1.

Zur Erbschaft gerufen sind nur freie Personen; Sklaven sind nicht erbfähig (Baillie I p. 707, II p. 267).[378]) Wäre jedoch der Sklave der einzige Delat, so ist er aus der Erbschaft freizukaufen und wird Erbe (Baillie II p. 268).

Von der Erbschaft ausgeschlossen ist Jeder, welcher den Erblasser getödtet hat — sei es absichtlich oder unabsichtlich, fahrlässig oder akzidentell, sofern nur die Tödtung eine solche ist, welche eine Kompositionspflicht nach sich zieht[379]) (Baillie I p. 707); nicht daher, wenn die Tödtung in gerechtfertigter Nothwehr erfolgte.[380]) Die Schiiten[381]) gehen noch weiter und lassen das Impediment überhaupt fallen, wenn die Tödtung eine unabsichtliche ist, nur dass der Erbe nicht die Kompositionssumme erbt, welche er selbst bezahlen soll (Baillie I p. 266), ebenso die Malekiten (Sautayra et Cherbonneau

[375]) Syed Ameer Ali p. 176.

[376]) Sautayra et Cherbonneau II p. 367.

[377]) Syed Ameer Ali p. 45.

[378]) Sircar p. 275, Sautayra et Cherbonneau II p. 114, Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 100, Rumsey p. 182, Grady p. 6, Tornauw, Zeitschrift V S. 184. Vgl. zum Folgenden auch Vincent, Etude sur la loi Musulmane (1842).

[379]) Vgl. Rumsey p. 182 f.

[380]) Auch nicht wenn die Tödtung durch die Obrigkeit geboten oder doch erlaubt wurde (Sautayra et Cherbonneau II p. 119; Sircar p. 278); auch nicht wenn der Thäter ein Kind oder ein Wahnsinniger ist; vgl. unten.

[381]) Vgl. Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 99; Grady p. 6 f. 155; Tornauw, Zeitschrift V S. 182 f.

II p. 118); während sonst die Kompositionssumme als Theil der Erbschaft vererbt wird — denn der Erschlagene gilt als der zunächst zur Blutsumme berechtigte.[382]

Ausgeschlossen ist endlich der Ungläubige: kein Ungläubiger, d. h. kein Nichtmoslemin kann einen Moslemin beerben; aber auch umgekehrt, kein Moslim beerbt einen Nichtmoslim. So nach der Sunna; vgl. Sircar p. 280, Sautayra II p. 112 f., Firuzabadi p. 238, Minhadj II p. 243). Nach der Schia gilt zwar das erstere auch, nicht aber das letztere: nach der Schia kann ein Moslim einen Ungläubigen beerben, ja, wenn unter den Erben Gläubige und Ungläubige zusammen sind, gehen die ersteren vor (Baillie II p. 264).[383]

Die gleichen Sätze sollten auch für den Apostaten gelten, und in der That fällt nach Schafiitischer Anschauung das Vermögen des Apostaten an den Staat (Minhadj III p. 209, Vincent p. 92).[384]

Abu Hanifa unterschied, ob das Vermögen vor oder nach der Apostasie erworben wurde; die beiden Schüler aber folgten der Ansicht der Schiiten, wornach der Apostat von den moslimschen Verwandten beerbt wird, ohne dass die Zeit des Vermögenserwerbs in Betracht käme.[385] Entsprechendes wurde bezüglich des Testirrechtes eines Apostaten angenommen: die Schüler Abu Hanifa's halten ihn für testirfähig.[386]

Erben können nur solche Personen sein, welche zur Zeit des Todes des Erblassers bereits gezeugt sind.[387]

---

[382]) Der Mangel, welchen die Tödtung im islamitischen Rechte bewirkt, ist nicht blosse Indignität, sondern Erbunfähigkeit; insbesondere wird er von Amtswegen berücksichtigt, der Mörder wird gar nicht gerufen, es braucht ihm seine Portion nicht erst eripirt zu werden: er hat keine Fähigkeit, einen ferneren Erben auszuschliessen; vgl. Sautayra et Cherbonneau II p. 119f.; Sircar p. 289.

[383]) Vgl. Tornauw, Zeitschrift V S. 181, Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 97. Dagegen gelten alle Moslims als Gläubige, ohne Unterschied der Sekte.

[384]) Vgl. Berg p. 191 f., Tornauw, Zeitschrift V S. 182. Vgl. auch das malaische Rechtsbuch bei Keijzer p. 155.

[385]) Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 98 f., Rumsey p. 184 f.

[386]) Rumsey p. 225.

[387]) Grady p. 17.

§ 2.

In der Erbfolge ist zwischen der sunnitischen und schiitischen Lehre wesentlich zu unterscheiden.

Das sunnitische Erbrecht[388]) bietet eine unvollkommene, und eine sehr unvollkommene äusserliche Verbindung des agnatischen mit dem uterinen Prinzipe, und durch die eigenthümlichen Verschränkungen hindurch bricht als formgebende Norm die Idee des Parentelsystems, welche dem islamitischen Rechte mit dem indischen, dem jüdischen, dem germanischen Rechte gemeinsam ist.

Ursprünglich[389]) bestand naturgemäss das rein agnatische System, und zwar das System der Verbindung von Männern mit Männern, d. h. nicht nur die Verbindung der mehreren Erben musste durch Zeugung erfolgen, sondern auch die Erben mussten Männer sein; Frauen waren ausgeschlossen.[390]) Die Gesammtheit dieser Erben ist auch jetzt noch der Grundstock der zur Erbschaft Berufenen: es sind dies die '*asaba*-Erben, und zwar im Gegensatz zu anderen ihnen späterhin zugefügten Personen, die '*asaba*-Erben im eigentlichen Sinne. Sie rangiren nach dem Parentelsystem, aber allerdings mit einer dem islamitischen Rechte eingefügten Modifikation, welche aber auch in germanischen Rechten vertreten ist: mit Vorzug der Aszendenten vor den Seitenlinien[391]); daher zunächst:

---

[388]) Vgl. zum Folgenden insbesondere Sautayra et Cherbonneau II p. 100 f.; Lyon, *Law of India. Inheritance*; Sircar, *the Muhammadan Law* p. 86 f. (hauptsächlich nach *Sirâdjijja* und *Sharifijja*); Eherecht, Familienrecht und Erbrecht der Mohamedaner nach dem Hanefitischen Ritus; Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 41 f.; Rumsey, *Moohummudan Law of Inheritance*: Grady, *Manual of the Mahommedan Law* p. 24 f.; Berg p. 192 f. Vgl. auch, bezüglich der Moslims auf Ceylon, Thomson, *Institutes of the Laws of Ceylon* II p. 527 f.

[389]) Ursprünglich, natürlich relativ gesprochen, denn wir setzen die Ueberwindung des Mutterrechtes voraus.

[390]) Vgl. Sautayra et Cherbonneau II p. 98, Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 121.

[391]) Dies jedoch mit einer Ausnahme: der Grossvater konkurrirt mit dem agnatischen Bruder und der agnatischen Schwester, und zwar entweder so, dass er wie ein Bruder theilt, oder so, dass er $^1/_3$ der ganzen Erbschaft

1. die männlichen agnatischen Deszendenten[392]),
2. die Aszendenten,
3. die männlichen agnatischen Deszendenten des Vaters,
4. die männlichen agnatischen Deszendenten des Grossvaters u. s. w.[393])

Das sogenannte Repräsentationsrecht ist dem Islam versagt geblieben; in jeder der Klassen gilt Gradesnähe und Theilung nach Köpfen.[394]) Auch die Primogenitur ist der Sunna fremd.[395])

Dazu kommt noch eine von dem uterinen Prinzip her eingedrungene Modifikation: die doppelte Verwandtschaft geht der bloss agnatischen vor; der Bruder, welcher Vater und Mutter gemeinsam hat, schliesst den Bruder aus, welcher nur den

---

nimmt, dies nach seiner Wahl. Und wenn konkurrirende *farz*-Erben vorhanden sind, so hat er die Wahl zwischen drei Alternativen: er nimmt entweder 1/6 des Ganzen (als *farz*-Erbe) oder 1/3 des Ueberschusses (welchen der konkurrirende *farz*-Erbe übrig lässt), ähnlich der Mutter; oder er nimmt seinen Brudertheil, als wenn er Bruder wäre. So die Malekiten (Sautayra et Cherbonneau II p. 153 f.). So die Schafiiten (Firuzabadi p. 243, Minhadj II p. 329 f.). Anders die Hanefiten, bei welchen der Grossvater die Brüder ausschliesst. Dies war die Ansicht Abu Hanifa's, und diese Ansicht ist durchgedrungen trotz der Gegenmeinung der beiden Schüler (Sircar p. 97. 108 f.); vgl. auch Lyon p. 208, Rumsey p. 19 f.

[392]) Berücksichtigt werden nur die rechtlich anerkannten Deszendenten; Bastarde kommen nur bezüglich ihrer uterinen Verbindung in Betracht (Grady p. 15, Sircar p. 123); sind sie aber vom Vater anerkannt, so haben sie volle Agnatenrechte (Sircar p. 377 f.). Vgl. oben S. 69.

[393]) Vgl. auch Minhadj Attalibin II p. 224. Die Malekiten beschränken die Verwandtschaft auf den sechsten Grad; Sautayra et Cherbonneau II p. 103. 158. Die Hanefiten statuiren keine Beschränkung; vgl. Grady p. 40 f.

[394]) Vgl. auch Minhadj Attalibin II p. 228, Sautayra et Cherbonneau II p. 151 f.; Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 44; Grady p. 23; Rumsey p. 8 f. Ueber Anklänge an das Repräsentationssystem vgl. unten S. 110. Wenn übrigens die islamitischen Juristen das Repräsentationsrecht mit der Bemerkung ablehnen, dass der Sohn zu Lebzeiten des Vaters auch nicht den Keim eines Erbrechts habe, weshalb ein solches nicht auf den Enkel übergehen könne, so ist damit natürlich nicht das Prinzip getroffen, welches man mit Repräsentationsrecht bezeichnet, wohl aber der inkorrekte Ausdruck und die unrichtige Vorstellung, welche man früher damit verknüpfte.

[395]) Grady p. 24.

Vater gemeinsam hat.[396]) Dies geht in folgender Art weiter: Der bloss agnatische Bruder schliesst den Sohn des Vollbruders aus, nach dem Sohn des Vollbruders kommt der Sohn des agnatischen Halbbruders u. s. w.[397]) Auch der vollbürtige Oheim geht den halbbürtigen vor u. s. w.[398])

§ 3.

Dieses rein agnatische System, welches noch vielfach bei der *vendetta* und der Vendettakomposition zur Geltung kommt,[399]) auch bei den Beduinen seine sichere Bestätigung findet, konnte dem Kulturfortschritte nicht genügen. Die Idee, dass die Weiber neben den Männern erbschaftsberechtigt seien, brach sich Bahn und es kam der Gedanke zum Durchbruch: ein Weib erbt wie ein halber Mann.[400]) So zunächst, wenn Töchter mit Söhnen konkurriren, wenn die Tochter des Sohnes mit dem Sohne des Sohnes, wenn die vollbürtige Schwester mit dem vollbürtigen Bruder, wenn die *soror consanguinea* mit dem *frater consanguineus* zusammentrifft. Hier kam man zum Schlusse: das Weib ist nicht ausgeschlossen, es erbt als halber Mann: also ein Sohn und eine Tochter zu $^2/_3$ und $^1/_3$, ein Sohn und zwei Töchter zu $^1/_2$, $^1/_4$, $^1/_4$ u. s. f.[401])

Dabei konnte man nicht stehen bleiben; wie, wenn eine Tochter ohne Söhne, eine vollbürtige Schwester ohne Bruder, eine *soror consanguinea* ohne *frater consanguineus* vorhanden

---

396) Minhadj Attalib. II p. 229; Sautayra et Cherbonneau II p. 155; Sircar p. 132 f.; Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 49.

397) Sircar p. 128. Also die Halbburt tritt einen halben Grad zurück.

398) Sircar p. 129 f.

399) Vgl. meine Blutrache S. 18 und 22.

400) Koran IV 11 (Palmer I p. 73): *for a male the like of the portion of two females, and if there be women above two, then let them have two — thirds of what (the deceased) leaves;* IV 175 (Palmer I p. 96): *if there be brethren, both men and women, let the male have like the portion of two females.*

401) Man sagt, die Weiber werden hier *'asabas* nicht durch sich selbst, sondern durch die *'asabas*, mit welchen sie konkurriren: *'asabas* durch einen anderen — im Gegensatz zu den *'asabas proprio jure*. Vgl. auch noch unten S. 105. Die *'asabas* bezeichnet man auch als Residuarerben.

war? Hier half sich der Prophet durch das System der *farz*-Erbschaft.[402]) In einem solchen Falle statuirte man, dass das betreffende Weib zu einem bestimmten Theile gerufen werde, ohne Rücksicht auf die Art, wie sich sonst die Erbschaft vertheilt; man befolgte hier dasselbe System, wie bei den Ehegatten — und in der Quart der armen Wittwe hatte man ja ein sprechendes Vorbild. Die *farz*-Erbschaft ist eine ausserordentliche, ausserhalb der gewöhnlichen Erbordnung stehende Erbschaft, welche sich nicht organisch mit ihr vereinigt, sondern sie durchkreuzt. Das *farz*-Erbe ist nicht eine nach bestimmten Stufen und Graden abgegliederte Erbschaft, wobei der eine *in thesi* auf das Ganze gerufen, durch andere Erben beschränkt, durch andere ausgeschlossen ist, so dass eine jede Erbberufung dahin strebt, die Erbschaft zu erschöpfen — die *farz*-Erbschaft hat vielmehr den Karakter einer Korrektur, sie reicht nicht weiter, als das Bedürfniss der Korrektur reicht, und der einzelne *farz*-Erbe ist *in thesi* nur auf einen Theil: $^1/_6$, $^1/_4$, $^1/_3$, $^1/_2$, $^2/_3$ gerufen — und wenn sich in gewissen Fällen die *farz*-Portion ausdehnt, so ist dies eine besondere Schickung des einzelnen Falles, es beruht nicht auf dem internen Karakter der Berufung.

Aus dem Gesagten ist leicht ersichtlich, dass als *farz*-Erben gerufen sind die Tochter, die Tochter des Sohnes, die vollbürtige Schwester, die *soror consanguinea*; sodann ferner die Mutter und Grossmutter; sodann aus begreiflichen Gründen auch der *frater uterinus* und die *soror uterina*; sodann endlich Ehemann und Ehefrau. Einem anderen Gedanken gehört es an, dass auch der Vater ein *farz*-Erbe ist. Er bedarf solches in der Regel nicht; aber der Islam wollte für Vater und Mutter sorgen, auch wenn Kinder zur Erbschaft kommen; daher erhält der Vater einen *farz*-Theil, wenn agnatische Deszendenten vorhanden sind; natürlich auch, wenn Töchter oder Söhnestöchter vorhanden sind. Konkurriren solche *farz*-Erben mit einander, so erhält

---

[402]) Dieses Institut der *farz*-Erben ist eine der eigenartigsten Schöpfungen Mahomed's; es beruht auf direkte Bestimmung des Koran IV (vgl. unten S. 104. 105. 107). Es führt zu vielen Verwicklungen und musste mannichfach umgestaltet werden. Das ganze System zeigt, dass bei Mahomed der Weltblick grösser war als die Gabe der technischen Jurisprudenz.

in thesi ein jeder seinen Theil. Doch konnte man dieses System nicht völlig durchführen; eine bestimmte Gliederung und Abstufung war unentbehrlich. Die *farz*-Erbschaft sollte bei Verwandten nur eine Korrektur sein für den Ausschluss durch das agnatische Prinzip; ist daher die Sachlage so, dass auch ein entsprechender Agnat ausgeschlossen wäre, so erhält auch der *farz*-Erbe nichts. So wird, wie oben bemerkt, der agnatische Enkel durch den Sohn ausgeschlossen, da ja das Repräsentationsrecht nicht gilt; entsprechend kann die Tochter des Sohnes gegenüber einem Sohne kein *farz*-Erbrecht haben, sonst wäre sie ja günstiger, als der Sohn des Sohnes, gestellt. Ebenso wird der vollbürtige Bruder durch Söhne, durch Vater und agnatische Deszendenten ausgeschlossen: entsprechend daher auch die vollbürtige Schwester. Ebenso rangirt der *frater consanguineus* hinter dem vollbürtigen Bruder: entsprechend daher auch die *soror consanguinea*.

Wie gross der *farz* der genannten Weiber ist, wird sich nach dem gedachten Prinzip leicht errathen lassen. Das Weib ist einem halben Manne gleichgeachtet; daher ist der *farz* gleich einer halben Erbschaft. Wenn mehrere Weiber der gleichen Gattung konkurriren, so theilen sie sich in diesen *farz*; hier aber schlägt das andere Prinzip ein, dass, wie ein Weib gleich einem halben Mann, so zwei Weiber beinahe, aber nicht vollständig einen Mann repräsentiren: in diesem Falle wird daher der *farz* erhöht, zwar nicht auf das Ganze, wohl aber auf $^2/_3$.[403])

Wie aber, wenn mehrere solcher Weiber verschiedener Gattung mit einander konkurriren? Man könnte sagen: wie der Sohn den Enkel ausschliesst, so die Tochter die Sohnestochter; wie der vollbürtige Bruder den halbbürtigen, so die vollbürtige Schwester die *consanguinea*; wie der Sohn und Enkel den Bruder, so die Tochter und die Sohnestochter die Schwestern. Allein man würde damit den Geist des islamiti-

---

[403]) Koran IV 11 (oben S. 102); ferner IV 175 (Palmer I p. 96): ***If a man perish and have no child, but have a sister, let her have half of what he leaves — — But if there be two sisters, let them have two thirds of what he leaves.*** Vgl. auch Minhadj Attalibin II p. 231.

schen Erbrechts verkennen. Dasselbe statuirt: wie die Weiber einen kleineren Theil erhalten, so haben sie auch unter sich — nur eine geschwächte Exkludirungskraft. Daher ergiebt sich folgendes Resultat:

Die Tochter schliesst die Sohnestochter nicht aus, sondern beschränkt sie lediglich auf $^1/_6$;[404]) erst zwei Töchter haben die Kraft, die Sohnestochter auszuschliessen.[405])

Ebenso ist das Verhältniss zwischen Vollschwestern und der *soror consanguinea*.

Konkurrirt aber die Tochter oder Sohnestochter mit einer agnatischen oder Vollschwester, so ist das Verhältniss der Konkurrenten ein zu ungleichartiges, als dass es auf diese Weise geregelt werden könnte; die Regelung ist eine andere: Tochter oder Sohnestochter erhalten ihren vollen *farz*, die Schwester erhält den Rest, und zwar die vollbürtige Schwester, wenn solche vorhanden, wenn nicht, die *consanguinea*.[406])

In allen Fällen erhalten einen *farz* die Ehegatten, und zwar der Ehemann $^1/_4$ oder $^1/_2$[407]) (je nachdem Söhne bezw.

---

[404]) Auf $^1/_6$; denn zwei Töchter hätten $^2/_3$, eine Tochter hat $^1/_2$, mithin die Sohnestochter $^2/_3 - ^1/_2 = ^1/_6$.

[405]) Minhadj Attalibin p. 229. 232. Vgl. auch Sircar p. 80; Syed Ameer Ali, ***Person. Law*** p. 46 f. Die angeführten Grundsätze gelten aber natürlich nur, wenn nicht neben der Sohnestochter noch Sohnessöhne vorhanden sind. Jetzt erhalten zwar die Töchter ihren ***farz***, das ***residuum*** aber fällt an die Sohnessöhne und Sohnestöchter als Residuarerben, nach dem Verhältniss von 2 zu 1. Vgl. auch Grady p. 30.

[406]) Vgl. auch Minhadj Attalibin p. 237. Die Schwestern haben daher in diesem Falle die Stellung der ***'asaba*** oder Residuarerben und man nennt sie Residuarerben mit einem anderen, sofern sie nur in dieser Konkurrenz Residuarerben werden. Sie sind nicht Residuarerben durch einen anderen, weil ja die Töchter nicht Residuarerben sind — im Gegensatz zu dem obigen Falle S. 102. Kraft dieses ***'asaba***-Rechtes schliesst die vollbürtige Schwester in solchem Falle selbst den agnatischen Halbbruder aus (Sircar p. 109. 135): die Schwester als Residuarerbin hat die Exklusivkraft ***vice fratris***.

[407]) Vgl. Koran IV (Palmer I p. 73): ***ye shall have half of what your wives leave, if they have no son; but if they have a son, then ye shall have a fourth of what they leave — —. And they shall have a fourth of what ye leave, if ye have no son; but if ye have a son, then let them have an eight of what ye leave . . .***

Sohneskinder vorhanden sind, oder nicht), die Ehefrau in gleicher Weise $^1/_8$ oder $^1/_4$ (in welchen *farz* sich die mehreren Ehefrauen theilen). Ebenso erhält in allen Fällen der Vater[408]) einen Theil, und zwar $^1/_6$; dieses ist das Minimum, welches er erhält — denn der Vater ist ja auch *'asaba* und steht als *'asaba*, als Universalerbe, sofort nach der männlichen agnatischen Deszendenz.[409]) Nicht so die Mutter: dieselbe wird nicht nur durch Söhne und Sohnessöhne, sondern auch durch Töchter und Sohnestöchter, ja durch Brüder und Schwestern auf $^1/_6$ beschränkt — sofern nur diese Brüder oder Schwestern mindestens in der Zweizahl sind.[410]) Sonst erhält sie $^1/_3$ des Nachlasses — und wenn neben ihr ein Ehegatte und der Vater vorhanden ist, so erhält sie $^1/_3$ des Restes, welcher nach Deckung des Ehegatten bleibt.[411]) Analog dem Vater wird der agnatische Grossvater und Urgrossvater behandelt, analog der Mutter die Grossmutter; doch ist ihr *farz*-Theil stets $= ^1/_6$; das Gleiche gilt von der ächten Urgrossmutter: ächt ist die Urgrossmutter, wenn sie mit dem Erblasser entweder durch einen agnatischen Grossvater verbunden ist oder wenn die Verbindung mit dem Erblasser eine lediglich uterine ist. Dass dabei der Vater den agnatischen Grossvater und Urgrossvater, und dass er die Gross-

---

[408]) Vgl. Koran IV 11 (Palmer I p. 73): ***as to the parents, to each of them a sixth of what he leaves, if he has a son; but if he have no son and his parents inherit, then let his mother have a third, and if he have brethren, let his mother have a sixth.***

[409]) Ebenso hat auch der Grossvater $^1/_6$ als *farz*-Erbe; vgl. oben S. 101. Konkurrirt derselbe mit einer Tochter oder Sohnestochter, so nimmt er zuerst $^1/_6$ als *farz* und sodann den Rest dessen, was nach Befriedigung der Konkurrentin verbleibt, als *'asaba.*

[410]) Vgl. Minhadj Attalibin II p. 227, Sautayra et Cherbonneau II p. 122; Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 47.

[411]) Zu diesem Resultate ist man auf folgende Weise gelangt. In diesem Falle bekäme die Mutter sonst mehr als der Vater: denn der Ehemann erhielte $= ^1/_2$, die Mutter $= ^1/_3$, der Vater $= ^1/_6$ (als *farz*-Erbe). Durch diese drei *farz*-Erbschaften aber würde die Erbschaft aufgezehrt, und für den Vater als *'asaba* bliebe nichts mehr übrig. Darum wird hier die Sache umgekehrt und die Mutter erhält $^1/_6$, d. h. $^1/_3$ des Residuum nach Deckung des Ehemannes, und der Vater $^1/_3$. Weniger dringend ist die Aenderung, wenn Ehefrau, Mutter und Vater erben; die Ehefrau erhielte $= ^1/_4$,

mutter und Urgrossmutter von Vaters Seite ausschliesst, versteht sich von selbst; die Mutter schliesst jede Grossmutter (auch väterlicherseits aus) — denn mit ihrem Theile ist das weibliche Geschlecht abgefunden.[412])

Absichtlich ist seither von einer letzten Art der *farz*-Erben noch nicht die Rede gewesen: von den uterinen Brüdern und Schwestern; denn ihr Erbrecht ist offensichtlich dem Erbrechte der Mutter nachgebildet. Als man der Mutter ein Theilerbrecht gewährte, so drängte das Prinzip dahin, auch die Kinder der Mutter, d. h. die uterinen Brüder zu begünstigen;[413]) und wie der *farz* der Mutter $^1/_6$ ist und unter günstigen Umständen auf $^1/_3$ wächst, so beträgt der Antheil der uterinen Geschwister $^1/_6$ — wenn nur eins vorhanden ist, sonst $^1/_3$;[414]) und dass der *uterinus* durch agnatische Erben der ersten und zweiten Klasse (d. h. durch Deszendenten und Aszendenten) ausgeschlossen ist, versteht sich von selbst — kommen ja selbst die agnatischen Geschwister erst in der dritten Klasse;[415]) und dass sie selbst durch Tochter und Sohnestochter ausgeschlossen sind, ist gleich-

---

die Mutter $^1/_3$, der Vater $^1/_6$, zusammen $= ^9/_{12}$; es bleiben also für den Vater als *'asaba* immer noch $^3/_{12}$ übrig, so dass er im Ganzen $^5/_{12}$, also mehr als die Mutter ($^1/_3 = ^4/_{12}$) erhält. Da man aber auch das Prinzip wahren will, dass ein Mann das Doppelte eines Weibes erhält, so reduzirt man die Mutter von $^4/_{12}$ auf $^3/_{12}$ und kompletirt den Theil des Vaters von $^5/_{12}$ auf $^6/_{12}$. Vgl. Sautayra et Cherbonneau II p. 143 f. Auf solche Weise kam man zu der obigen Regel. Man sagte im Falle der Konkurrenz der Mutter mit Ehemann und Vater: der Ehemann $= ^1/_2$, die Mutter $= ^1/_3 \times ^1/_2 = ^1/_6$, der Vater den Rest $= ^1/_3$. Im Fall der Konkurrenz der Mutter mit Ehefrau und Vater: Ehefrau $= ^1/_4$, Mutter $= ^1/_3 \times ^3/_4 = ^1/_4$, Vater den Rest $= ^1/_2$.

[412]) Vgl. Minhadj Attalibin p. 230; Sautayra et Cherbonneau II p. 123; Grady p. 32. In gleicher Weise schliesst die Grossmutter von Mutterseite alle Urgrossmütter aus, nicht so die Grossmutter von Vaterseite, welche nur die Urgrossmütter von Vaterseite ausschliesst; Sautayra et Cherbonneau II p. 123.

[413]) Koran IV 15 (Palmer I p. 73): ***if the man's or woman's (property) be inherited by a kinsman who is neither parent nor child and have a brother or sister, then let each of these two have a sixth; but if they are more than that, let them share a third — —.***

[414]) Koran IV 15. Vgl. auch Minhadj Attalibin II p. 236.

[415]) Abgesehen von der oben S. 100 f. karakterisirten Praxis.

falls begreiflich: wird ja sogar die vollbürtige Schwester und die *consanguinea* in ihren Ansprüchen dadurch gemindert, wie um so mehr die uterinen Geschwister, welche nicht einmal den Vortheil haben, ihre Verbindung mit dem Erblasser auf Zeugung zu begründen?[416])

Eigenartig ist es, dass bei uterinen Geschwistern das Prinzip, dass der Mann zu zwei, das Weib zu einem Theil erbt, nicht gilt, vielmehr beide Geschlechter sich gleichstehen. Es hängt dies wohl damit zusammen, dass bei beiden nur der gemeinsame Ursprung, die gemeinsame Mutter den Ausschlag giebt.

Bereits oben ist von Fällen der Konkurrenz mehrerer *farz*-Erben die Rede gewesen — nicht aber von allen Fällen. Bei solcher Konkurrenz kann das Resultat zutreffen, dass die mehreren *farz*-Portionen geradezu die Erbschaft erschöpfen; z. B. wenn die Mutter, zwei vollbürtige Schwestern und eine *uterina* vorhanden ist — denn ihre *farz*-Antheile sind $^1/_6$, $^2/_3$, $^1/_6$;[417]) Aber das Resultat kann auch dahin führen, dass die Summe der *farz*-Antheile das Ganze übersteigt; z. B. es konkurrirt der Vater, zwei Töchter und der Ehemann: hier wäre das Verhältniss: $^1/_6 + ^2/_3 + ^1/_4 = \frac{2 + 8 + 3}{12} = ^{13}/_{12}$.[418]) Oder da-

[416]) Dagegen wird der ***frater uterinus*** durch den vollbürtigen Bruder nicht ausgeschlossen; denn bei dem vollbürtigen Bruder ist die Abstammung vom Vater vorwiegend, und der ***frater uterinus*** vertritt die Linie der Mutter. Dies führte aber unter dem zweiten Kalifen Omar zu folgender Misslichkeit: ein Ehemann, eine Mutter, zwei ***uterini*** und dazu mehrere ***germani*** konkurrirten. Das Resultat wäre: der Ehemann erhält = $^1/_2$, die Mutter = $^1/_6$, die ***uterini*** = $^1/_3$ als ***farz***-Erben — die ***fratres germani*** erhalten nichts, da die Erbschaft aufgezehrt wird. Die ***fratres germani*** protestirten und sagten: rechne unseren Vater, von dem wir abstammen, unserethalben unter die Esel, so müssen wir doch den ***uterini*** gleichstehen, da wir ja auch die gemeinsame Mutter haben. Der Kalif stimmte bei und gab ihnen in diesem Fall die Rechte der ***uterini***. Dies ist die berühmte Omar'sche „Eselsentscheidung". Vgl. Sautayra et Cherbonneau II p. 142 f.

[417]) Oder es konkurrirt Grossvater ($^1/_6$), Mutter ($^1/_3$) und Schwester ($^1/_2$). Dieser Fall heisst ***karka***. Oder es konkurrirt der Ehemann und eine Schwester, also $^1/_2$ und $^1/_2$; dieser Fall heisst ***mubahala***.

[418]) Oder es konkurrirt der Ehemann und zwei Schwestern: $^1/_2 + ^2/_3 = ^7/_6$. Dieser Fall kam zuerst unter dem Kalifen Osmar zur Besprechung und ein Jurist rieth ihm, dasselbe Verfahren anzuwenden, wie wenn Jemand

hin, dass die Summe der Antheile unter dem Ganzen stehen, in welchem Falle die Residuarerben (*'asabas*) den Rest nehmen, wenn solche vorhanden sind; aber es ist möglich, dass solche fehlen und dass mithin die *farz*-Erben die einzigen Theilungsgenossen sind.

In solchen Fällen werden die *farz*-Antheile nach Verhältniss gemindert oder erhöht — jedoch mit einer wichtigen Modifikation: die Antheile der Ehegatten haben keine Ausdehnungskraft: die Erhöhung trifft daher niemals den Antheil der Ehegatten, sondern nur den Antheil der Verwandten.

Moderne Juristen sprechen lebhaft für die Erhöhung auch des Ehegattentheiles; vgl. Sircar p. 233 f. So namentlich dann, wenn keine Blutserben vorhanden sind, so dass der Residuartheil an den Fiskus fallen würde, und dies insbesondere, was den Ehemann betrifft; in Bezug auf diesen haben die Hanefiten auch schon früher ein Ergänzungsrecht angenommen.[419])

§ 4.

Sind auf solche Weise die privilegirten Weiber, die Ehegatten und gewisse uterine Verwandte in die agnatische Ordnung hineingeschoben worden, so wurde endlich eine andere Reihe uteriner Verwandten in subsidiärer Weise berücksichtigt,[420]) so dass sie an die Reihe kommen, wenn es an *farz*-Erben und an agnatischen Erben fehlt.[421]) Es steht also hinter

sieben schuldete und nur sechs hätte; was denn auch der Kalif billigte. Diese proportionelle Reduktion heisst *'aul.* Vgl. Sautayra et Cherbonneau II p. 138. Ein anderer Fall kam unter dem sechsten Kalifen zur Entscheidung: Es konkurrirt Ehemann, Grossvater, Mutter, agnatische Schwester: $^1/_2 + ^1/_6 + ^1/_3 + ^1/_2 = ^9/_6$.

[419]) Vgl. Syed Ameer Ali, ***Person. Law*** p. 92 f., Grady p. 100 f. (wo auch eine Entscheidung allegirt). Vgl auch unten bezüglich der Schiiten.

[420]) Diese Erbenklasse hat sich insbesondere bei den Hanefiten entwickelt. Man stützte dieselbe auf eine, übrigens nicht allgemein anerkannte Tradition. Die Malekiten haben diese Erbenklasse nicht, die Schafiiten haben sie erst in der späteren Zeit angenommen; vgl. Sircar p. 143, Minhadj II p. 225 f., Firuzabadi p. 242 f.; Rumsey p. 56 f.; Tornauw, Zeitschrift V S. 178.

[421]) Sind keine Agnaten, aber *farz*-Erben vorhanden (abgesehen von den Ehegatten), so absorbiren diese die Erbschaft nach dem oben ausgeführten Akkreszenzprinzip. Vgl. auch Grady p. 49. 100.

den Agnaten eine zweite Erbordnung: *unde uterini*, d. h. eine Ordnung uteriner Verwandten, zugleich mit einer Reihe von agnatisch verbundenen weiblichen Verwandten — denn diese werden den *uterini* analog behandelt. Auch in dieser Erbordnung ist das Prinzip des Parentelsystemes wirksam, und wir gelangen daher zu folgenden Resultaten:

Zunächst kommen die uterinen Deszendenten: die Nachkommen der Tochter, die Nachkommen der Sohnestochter u.s.w. In der zweiten Klasse stehen die unächten Grosseltern und Urgrosseltern; in der dritten Klasse die *uterini* der väterlichen Parentel, welche nicht bereits in die Klasse der *farz*-Erben eingereiht sind: also die Schwesterkinder, die Kinder des uterinen Bruders; aber auch die Töchter des vollbürtigen Bruders und des *frater consanguineus*.

In ähnlicher Weise kommt in Ermangelung dieser Klasse die uterine oder weibliche Parentel des Grossvaters an die Reihe u. s. w.

Die Gliederung innerhalb der einzelnen Parentelen ist auch hier eine mangelhafte. In der ersten Parentel Gradesnähe und Theilung *in capita*, ohne Repräsentationsrecht; auch in den ferneren Klassen gilt die Gradesnähe, so dass der dem Erblasser nähere den ferneren ausschliesst. Doch finden sich einige Versuche einer inneren, dem Familienorganismus entsprechenden Gliederung. In der Deszendentenklasse wird, wenn die Deszendenten in demselben Grade stehen, die Zwischengenerationen hinaufgestiegen; trifft man hier auf der einen Seite auf einen Deszendenten, welcher als agnatischer Deszendent oder als *farz*-Erbe gerufen wäre, während man auf der anderen Seite im gleichen Grade einen solchen nicht trifft, so geht der erstere Deszendent dem letzteren vor und schliesst ihn aus:[422]) also bereits der Gedanke des sogenannten Repräsentationsrechts, wenn auch in mangelhafter Ausprägung. Wenn daher beispielsweise die Deszendenzen so verlaufen, dass auf der einen Seite Sohn, Enkelin, Urenkelin, auf der anderen Seite Tochter, Enkelin, Urenkelin auf einander folgen, so schliesst die erste Urenkelin die zweite

[422]) Vgl. auch Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 53, Rumsey p. 71, Grady p. 51.

aus — denn die Enkelin, auf welche man beiderseits zurückgeht, ist das eine Mal eine Sohnestochter (also *farz*-Erbin), das andere Mal eine Tochtertochter.

Stehen sich in dieser Beziehung alle Deszendenten gleich, so wird wiederum geprüft, ob der Aufstieg zu Männern oder Weibern führt; ist in dieser Beziehung Verschiedenheit, so kommt der Grundsatz zur Geltung, dass auf den Mannesstamm zwei Theile, auf den Weiberstamm ein Theil trifft. Ist also das Verhältniss so, dass die Deszendenzen auf der einen Seite verlaufen: Tochter, Enkel, Enkelin — auf der anderen Seite Tochter, Enkelin, Enkelin, so muss zwischen beiden Stämmen so getheilt werden, dass der erste Stamm $^2/_3$, der letztere $^1/_3$ erhält.[423] Trifft sich aber eine solche Verschiedenheit nicht,

[423]) Dies beruht auf der Anschauung des Hanifaschülers Mohammed: Abu Yusuf nahm nur auf die Erben selbst, nicht auf die Stämme Rücksicht, so dass bei dem Grundsatz: „einem Manne soviel, als zwei Weibern“ nur die letzten Ausläufer zu berücksichtigen wären. Mohammed's Behandlungsweise, welche früher auch Abu Yusuf getheilt haben soll, ist im Osten durchgedrungen, obgleich sie zu erheblichen Komplikationen führen kann: vgl. Sircar p. 149f., Rumsey p. 64f., Lyon p. 210f. Diese Komplikationen entwickelten sich namentlich in Folgendem: 1. nicht nur in der obersten Reihe der Generationen wird die Koransregel, dass der Mann äquat ist zwei Frauen, durchgeführt, sondern immer wieder in den nachfolgenden Reihen; 2. zu einer Theilung nach Stämmen war man nicht gekommen. Wie nun, wenn der eine Stamm drei, der andere Stamm zwei, der dritte Stamm einen Nachkommen hinterliess und wenn nun die Stammvorfahren theils Männer, theils Weiber waren? Hier half man sich, um der Stammtheilung zu entgehen, in der Weise, dass man die Stammvorfahren, welche drei Nachkommen hinterliessen, dreifach, die mit zwei Nachkommen doppelt zählte, so dass die Sache so betrachtet wurde, als ob 3 + 2 + 1 Stammvorfahren vorhanden waren. Auf solche Weise wurden nun Theile berechnet (zwei Theile auf den Mann, einen auf das Weib). Die auf solche Weise fixirten Theile kommen nun auf die Nachkommen, und zwar so, dass die für die Männer ausgeschlagenen Theile zusammen eine Einheit (Gruppentheil) bilden und auf die Deszendenz derselben übergehen, und ebenso die für die Frauen ausgeschlagenen Portionen. Geht man so auf die folgende jüngere Generation über, so theilt sich dieser Gruppentheil wiederum in neue Gruppen nach den Verhältnissen von Mann zu Weib u. s. w. Das Gezwungene und Unnatürliche dieser ganzen Behandlung leuchtet ein. Vgl. darüber insbesondere die eingehende Darstellung bei Rumsey p. 66f. In Westasien ist mehr die einfachere Lehre Abu Yusuf's im Gebrauch, Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 54.

dann theilen die Erben nach Köpfen, aber wieder so, dass auf einen Mann zwei, auf ein Weib ein Theil fällt — wobei dann das Geschlecht der Erben selbst entscheidend ist.

Aehnliche Versuche der Gliedernng unter Anwendung des Prinzips: der Mann für zwei, das Weib für eines, finden wir in der zweiten Klasse — wiederum sofern die betreffenden Konkurrenten im gleichen Grade stehen.[424]) Die Aszendenten vom Vater her erhalten $^2/_3$, die von der Mutter her $^1/_3$; und sind unter den väterlichen Aszendenten wiederum solche, welche vom väterlichen Grossvater und solche, welche von der väterlichen Grossmutter ausgehen, so ist wiederum die Theilung $^2/_3$ zu $^1/_3$. In derselben Linie endlich gilt das Prinzip des $^2/_3$ und $^1/_3$ unter den Individuen nach ihrem Geschlechte.

Hat man diese Normen erfasst, so ergeben sich die Normen der Kollateralenklassen leicht. In der elterlichen Parentel wird, wie ähnlich in der Deszendentenfolge, auf die frühere Generation zurückgegangen, so dass, sobald man auf einen *'asaba* stösst, ein Vorzug besteht; besteht solcher nicht, so wird berücksichtigt, inwiefern die Vollburtgeschwister die Halbburt ausschliessen: in gleicher Weise auch ihre Deszendenz;[425]) während im übrigen der Mannesstamm zum Frauenstamm, eventuell der Mann zur Frau sich verhält wie 2 zu 1.[426]) Bei doppelter Verwandtschaft werden beide Stämme berücksichtigt.

---

[424]) Vgl. Sircar p. 160 f.

[425]) So der Hanifaschüler Mohammed. Des Näheren werden zunächst die Geschwister in's Auge gefasst und zwar so, dass die uterinen ihren *farz* zu $^1/_3$ (bezw. $^1/_6$) erhalten, während die vollbürtigen Brüder die *consanguinei* ausschliessen. Nunmehr wird nach den obigen Regeln weiter verfahren, als wie wenn die Geschwister Deszendenten wären; nur bezüglich der uterinen Geschwisternachkommen besteht eine Ausnahme, wovon in der folgenden Note zu sprechen ist. Anders Abu Yusuf; nach ihm gilt der Satz: die Vollburtsgeschwisterdeszendenten schliessen die Halbburtsgeschwisterdeszendenten aus, und von den letzteren wieder die agnatischen die uterinen. Im übrigen berücksichtigt er auch hier nur das Geschlecht der Erben, nicht das ihrer Vorgänger.

[426]) Nur wenn es sich um Deszendenten uteriner Geschwister handelt, gilt das Prinzip von 2 zu 1 nicht, weil es ja unter uterinen Geschwistern selbst nicht gilt. So der Hanifaschüler Mohammed, und ihm entsprechend die Hanefitische Praxis; Abu Yusuf, welcher nicht auf die frühere Gene-

In den weiteren Parentelen wird unter Verwandten desselben Grades eine Linientheilung vorgenommen, indem die väterliche Linie zur mütterlichen sich wie 2 zu 1 verhält; und in gleicher Weise innerhalb der väterlichen Linie die grossväterliche und grossmütterliche.[427] Ist diese Theilung vollzogen, so wird innerhalb jeder dieser Spaltungen das Prinzip aufgestellt, dass die Vollburt vor der Halbburt, die väterliche Halbburt vor der mütterlichen steht.[428] Ist dies ausgeschieden, so gilt wiederum der Satz: es wird die Generationen aufwärts gestiegen; wo man auf einen *'asaba* trifft, schliesst der entsprechende Deszendent den anderen aus; wo nicht, theilen die Stämme nach Maassgabe dessen, ob sie sich auf Männer oder Frauen zurückführen, zu $^2/_3$ und $^1/_3$; und ist eine solche Verschiedenheit nicht vorhanden, so gilt das Prinzip von zwei Theilen zu einem Theil nach Maassgabe dessen, ob die Erben Männer oder Weiber sind.

Mit anderen Worten: in der vierten Klasse kommen bei Gleichheit des Grades zunächst die Linienprinzipien der zweiten und sodann die Stammprinzipien der ersten Klasse zur Anwendung.

§ 5.

Der agnatische Karakter des ursprünglichen Erbrechts zeigt sich auch in der Erbfolge des Manumissor. Stirbt der Freigelassene ohne *'asabas*, so erbt der Manumissor, und wenn dieser bereits todt ist, seine agnatische Verwandtschaft, d. h. die durch Männer mit ihm verbundenen Personen: ob bloss die Männer oder auch die so verbundenen Frauen, insbesondere die Töchter, ist bestritten (Baillie II p. 296 f., Firuzabadi p. 236, Minhadj Attalibin II p. 238 f.).[429]

ration zurückgeht, sondern nur das Geschlecht der zur Erbschaft gerufenen Personen ins Auge fasst, will auch hierfür den Satz: 2 Theile dem Mann, 1 Theil dem Weib, in Anwendung bringen; Sircar p. 162 f.

[427] Vgl. auch Sircar p. 169 f.

[428] Vgl. auch Sircar p. 168, Grady p. 52 f.

[429] Minhadj und Firuzabadi sind für die reinen Agnaten; ebenso die Rechtsbücher bei Sircar p. 136. Dagegen hat die Frau, welche einen Sklaven manumittirt, als Freilasserin das patronatische Erbrecht; ebenso wenn dieser Freigelassene wieder einen Sklaven freilässt und ohne Erben stirbt, Sircar p. 136 f., Rumsey p. 164 f.

Der Manumissor erbt ohne Rücksicht auf das Motiv der Freilassung, sollte diese auch „in Sachen des Satans“ geschehen sein. So die Hanefiten. Wie unten (S. 119) auszuführen, sind die Schiiten entgegengesetzter Ansicht: sie verlangen, dass die Freilassung in wohlthätiger Absicht erfolgt sei, dass sie einen wirklichen Liberalitätsakt darstelle. Dem neigen sich auch die Malekiten zu.[430])

In Ermangelung von Erben kommt der Wahlbruder *maula* an die Reihe[431]) — zuletzt der Staat.[432])

§ 6.

Betrachtet man das sunnitische Recht von diesem Standpunkte aus, so wird sofort ersichtlich, dass es grosse Unvollkommenheiten aufweist; die Verschmelzung des agnatischen Prinzips mit dem uterinen ist nur sehr äusserlich: theils durch die Einordnung der *farz*-Erben, theils durch die Einstellung der subsidiären Klasse *unde uterini*.[433]) Der Mangel des sogenannten Repräsentationsrechts ist sehr fühlbar und er wird auch nicht gehoben durch die Anläufe der Stammtheilung, welche an verschiedenen Stellen hervorbrechen. Die Art der Durchführung des Satzes, dass der Mann gleich zwei Frauen gilt, und die Art, wie man bei ferneren Deszendenzen auf einen *'asaba* zurückzugehen sucht, hat etwas künstliches und gemachtes.

Dagegen ist sowohl die kräftige Betonung des Parentel-

---

[430]) Sircar p. 136 f., Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 56.

[431]) Soweit Wahlbruderschaft anerkannt wird; vgl. oben S. 72 f.

[432]) Sautayra et Cherbonneau II p. 172 f., Rumsey p. 179 f.

[433]) Dass bei dieser äusserlichen Anordnung unmotivirte Sonderlichkeiten vorkommen, ist zu erwarten. Dahin gehört der Fall des unfreundlichen Bruders. Konkurrirt die Mutter mit zwei Brüdern und dem Vater, so beschränken die zwei Brüder die Mutter von $^1/_3$ auf $^1/_6$; nichtsdestoweniger erhalten die Brüder nichts, da sie durch den Vater ausgeschlossen sind. Aehnlich wenn die Mutter mit einem vollbürtigen Bruder und einem *frater consanguineus* konkurrirt; zwei Brüder mindern die Mutter von $^1/_3$ auf $^1/_6$ (ein Bruder allein würde es nicht vermögen); und doch kommt von den zwei Brüdern nur der vollbürtige zur Erbschaft, da die Vollburt die Halbburt ausschliesst!

prinzips, als auch die kräftige Sorge für den Ehegatten beachtenswerth; der Satz, dass neben den Kindern die Eltern für einen Theil gerufen werden, ist von hohem Interesse; die Attraktionskraft der Söhne und Brüder, welche die Töchter und Schwestern in ihren Kreis ziehen und ihnen einen, wenn auch geminderten Theil geben, ist ein genialer Zug, die Versuche, eine Gliederung zu erzielen und von dem öden Prinzipe der Kopftheilung und Gradesnähe abzuweichen, sind immerhin beachtenswerth.

Selbstverständlich kann das System nur dann richtig gewürdigt werden, wenn es in seine historischen Theile zerlegt und nach dem historischen Aufbau erfasst, und wenn die darin waltenden Bildungskeime — auch in ihrem unvollkommenen Walten — erkannt werden. Wer das System nur als ein Gegebenes betrachtet und lediglich die spitzfindige Kasuistik der Orientalen verfolgt, wird leicht zu dem Urtheile kommen, dass das islamitische Erbrecht eine prinziplose inkohärente Reihe von Regeln darbiete, in welchen kein höherer Zusammenhang zu entdecken sei.

Auch hier zeigt sich zur Evidenz, wie nothwendig eine Behandlung des Rechts vom rechtsphysiologischen Standpunkte ist; es zeigt sich, dass nur derjenige ein solches Recht richtig erfassen kann, welcher mit den juristischen Entwicklungsprinzipien vertraut ist, d. h. dass nur der Jurist zur Analyse und zur wissenschaftlichen Darstellung des Rechts berufen ist.

§ 7.

Die Schiiten[434]) haben viel wesentlicher die Einwirkung des modernen Geistes empfunden, und die Verschmelzung der agnatischen und kognatischen Ordnung ist eine viel innigere und organischere geworden. Das durch den Koran gesetzte System der *farz*-Erben konnte man natürlich auch hier nicht durchbrechen; auch der Satz, dass ein Mann zwei Weibern gleich zähle, liess sich nicht aus der koranischen Ordnung her-

[434]) Vgl. zum Folgenden namentlich Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 58 f., Grady p. 146 f.; Tornauw, Zeitschrift V S. 176 f.

auslösen. Aber diese Elemente vorausgesetzt, hat die Schia gemacht, was gemacht werden konnte. Das Repräsentationsrecht hat sich allerdings nicht eingebürgert, aber verschiedene Schiitische Schulen, namentlich die Mu'tazila haben es vertheidigt.

Der wesentlichste Unterschied zwischen dem schiitischen und sunnitischen Erbrecht besteht darin, dass bei der Schia die agnatische Verwandtschaftsgliederung mit der uterinen zu einer Ordnung zusammengeschmolzen ist:[435] Die Deszendenten, Aszendenten, Seitenverwandten werden der Reihe nach gerufen, und der Umstand, dass einer dieser Verwandten in bloss uterinem oder in gemischt uterinem und agnatischem Zusammenhange mit dem Erblasser steht, schliesst ihn nicht aus. Daher erbt der Sohn der Tochter neben dem Sohn des Sohnes und neben der Tochter des Sohnes; daher hat auch die *farz*-Erbschaft nicht mehr dieselbe Bedeutung, da hier sehr viele *farz*-Erben zugleich Residuarerben sind. Insbesondere schliesst die Tochter und die Sohnestochter sämmtliche Seitenverwandten aus,[436] selbst die agnatischen Brüder, selbst die Vollbrüder; und unter den Deszendenten schliesst die Tochter den Sohnessohn und die Sohnestochter aus.

Söhne und Töchter[437] konkurriren nach dem bekannten

---

[435] Ein weniger hervortretender Unterschied besteht darin, dass der älteste Sohn einen Anspruch auf das Heergeräthe hat, bestehend in des Vaters Schwert, Kleid, Ring und Koran. Vgl. Grady p. 156.

[436] Sie beide kommen daher nicht nur als *farz*-Erben, sondern zugleich als Residuarerben in Betracht. Dem entspricht es, dass die Schiiten eine Konstellation, welche sich aus dem Zusammentreffen zweier Töchter, eines Ehemannes und einer Mutter ergiebt ($^2/_3 + ^1/_4 + ^1/_6$), nicht so schlichten, dass sämmtliche *pro rata* gemindert werden; vielmehr trifft die Minderung nur die Töchter, während die Ehegatten- und Elterntheile bestehen bleiben.

[437] Bezüglich der illegitimen Deszendenz weichen die Schiiten von den Sunniten ab; während nach den Sunniten die vom Vater nicht anerkannten *naturales* mindestens in ihrer mütterlichen Verwandtschaft zur Geltung gelangen, haben die Schiiten den Satz, dass auch die mütterliche Verwandtschaft ignorirt wird — ausser sofern es sich um das Kind einer Ehefrau handelt, welches vom Ehemann verläugnet worden ist: hier soll es sich verhalten wie bei den Sunniten. Uebrigens sind nicht alle Schiiten so strenge. Vgl. Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 100 f. 161 f.

Verhältnisse von 2 zu 1, so dass der Sohn gleich zweien Töchtern berechnet wird. In gleicher Weise konkurriren aber auch die Kinder des Sohnes und die Kinder der Tochter — auch hier zu $^2/_3$ und $^1/_3$; die Portionen werden sodann unter die betreffenden Enkel wiederum nach demselben Prinzipe vertheilt.

In ähnlicher Weise verhält es sich in der zweiten Parentel: vollbürtige Brüder und Schwestern konkurriren in der gedachten Weise. Dass die Vollburt der agnatischen Halbburt um einen halben Grad vorsteht, findet sich auch hier, ebenso findet sich die aus dem Koran stammende Idee, dass die uterinen Geschwister mit den Vollgeschwistern als *farz*-Erben konkurriren und zwar so, dass, wenn nur ein einzelner *uterinus* existirt, derselbe $^1/_6$, wenn mehrere vorhanden sind, dieselben $^1/_3$ erhalten, welches dann unter die uterinen Geschwister gleicheitlich vertheilt wird; so dass zwischen Bruder und Schwester kein Unterschied besteht und der Satz von $^1/_2$ und 1 hier zessirt. Während aber nach sunnitischer Anschauung die vollbürtigen Neffen neben den uterinen Geschwistern gerufen werden und auch hier die letzeren auf ihren *farz*-Antheil beschränkt bleiben, gilt nach der Schia auch hier der Satz, dass Halbburt einen halben Grad zurücktritt, so dass die uterinen Geschwister die Vollburtneffen und die agnatischen Neffen zurückdrängen.

Dass auch hier das Repräsentationsrecht ausgeschlossen ist, ergiebt sich aus dem Obigen; Neffen unter sich dagegen stehen zu einander in dem Verhältnisse, wie die Geschwister, von welchen sie stammen; also Neffen durch Vollburtgeschwister schliessen die Neffen durch agnatische Geschwister aus; während Neffen durch uterine Geschwister das $^1/_6$ oder $^1/_3$ bekommen, welches den betreffenden Geschwistern zugefallen wäre. Die betreffenden Antheile aber, welche auf solche Weise an die Vollneffen einerseits und an die uterinen Neffen andererseits fallen, werden unter die einzelnen Neffen nach Köpfen vertheilt, und zwar bei Vollneffen wieder nach dem Prinzip von Mann und Weib = 2 zu 1, während die uterinen Neffen und Nichten sich gleichstehen, nach dem Satze, welcher von den uterinen Geschwistern gilt.

Wie nach der Sunna, erhalten auch hier Vater und Mutter

neben Deszendenten den *farz*-Antheil von $^1/_6$; während aber nach der Sunna nur der Vater nebenbei auch Residuarerbe ist, so ist es nach der Schia auch die Mutter, so dass, wenn beispielsweise eine Tochter des Erblassers mit den beiden Eltern konkurrirt, zuerst die *farz*-Antheile von $^1/_6$, $^1/_6$ und $^1/_2$ festgesetzt und sodann das übrig bleibende $^1/_6$ unter sämmtliche drei nach Verhältniss von 1 zu 1 zu 3 vertheilt wird.

Grosseltern aber werden in der Art gerufen, dass die Grosseltern von Vaterseite sich zu den mütterlichen Grosseltern verhalten, wie 2 zu 1; die Grosseltern der väterlichen Linie theilen wiederum den auf sie treffenden Theil nach dem gleichen Verhältnisse, d. h. ein Mann zu zwei, eine Frau zu einem Theile; während die Grosseltern der mütterlichen Linie gleichheitlich unter sich theilen ohne Vorzug des Geschlechts;[438]) von einem Ausschlusse des unächten Grossvaters, d. h. des Vaters der Mutter, ist keine Rede.

Nun erst ist auf das Verhältniss der Geschwister zurückzukommen. Die Eltern schliessen die Geschwister aus. Die Grosseltern aber theilen mit den Geschwistern in der Weise, dass die mütterlichen Grosseltern $^1/_3$ bekommen, die väterlichen Grosseltern aber mit den Vollgeschwistern oder mit den agnatischen Halbgeschwistern so theilen, als ob die Grosseltern Brüder oder Schwestern wären.

Analoge Prinzipien gelten von den weiteren Parentelen; doch so, dass die Seitenverwandten weiterer Parentelen nur dann gerufen werden, wenn überhaupt keine Aszendenten vorhanden sind. Unter den Onkeln und Tanten wird daher wieder unterschieden, ob sie Geschwister des Vaters oder der Mutter sind, und die Erbschaft wird unter diese beiden Linien getheilt nach dem bekannten Verhältniss von 2 zu 1. In jeder Linie wird wieder unterschieden, ob die Geschwister der Eltern Vollgeschwister oder Halbgeschwister, und beziehungsweise agnatische oder uterine Halbgeschwister sind. Unter diese findet die Vertheilung der betreffenden $^2/_3$ oder des betreffenden $^1/_3$ in der gleichen Weise statt, als wie wenn es sich um eine Ver-

[438]) Nach dem gleichen Satze, welcher für die uterinen Brüder gilt.

theilung unter Geschwistern handelte: also die agnatischen Geschwister werden durch die Vollgeschwister ausgeschlossen; die uterinen erhalten $^1/_3$ des betreffenden Antheils[439]), und zwar ohne Rücksicht auf das Geschlecht; die vollbürtigen das übrige, und zwar mit der Theilung zwischen Männern und Frauen nach dem Verhältniss von 2 zu 1.[440])

Die Ehegatten erhalten den koranischen Theil, wie bei den Sunniten. Auf diesen Theil soll nach der Ansicht Vieler die Frau in allen Fällen beschränkt bleiben.[441]) Der Ehemann erhält, wenn keine Erben vorhanden sind, das Ganze,[442]) d. h. er geht dem Imam vor, Viele behaupten das Gleiche von der Ehefrau.

Was aber den Imam betrifft, so gilt folgendes: die Schiiten erkennen ein subsidiäres Erbrecht des Staates nicht an; vielmehr soll die Erbschaft in letzter Linie an das geistliche Oberhaupt fallen,[443]) welches dieselbe zu wohlthätigen Zwecken vertheilt. Da nun nach Schiitischem Glauben das geistliche Oberhaupt vor Jahrhunderten sich entfernt hat, aber weiter lebt, um dereinst wiederzukommen, so geschieht die Vertheilung des Vermögens durch den Vertreter desselben, den *hakim.*

Vor dieser letzten subsidiären Beerbung kommt auch bei den Schiiten der *manumissor*; aber er kommt erst am Schluss, nach allen Verwandten, also auch nach den uterinen; und er wird nur gerufen, wenn die Freilassung ein völlig liberaler Akt war — also nicht wenn sie erkauft war oder zu dem Zweck erfolgte, um sich von einem Gelübde zu lösen; er wird auch nur dann gerufen, wenn der Freilasser nicht die Haftung für die Delikte des *manumissus* abgelehnt hat (Baillie II p. 347 f., 296 f.).

---

[439]) Bezw. $^1/_6$, wenn nur ein solches Geschwister vorhanden ist.

[440]) Wie man sieht, entsprechend denselben Regeln, welche der Hanefite Muhammed aufstellte (S. 112). Auch hier zeigt sich die so häufig auftretende Uebereinstimmung der Hanifaschule mit den Schiiten.

[441]) Vgl. Tornauw, Zeitschrift V S. 179.

[442]) Vgl. bezüglich der Sunniten oben S. 109.

[443]) Die Schiiten erkannten die Nachfolger des Propheten: Abu Bekr, Omar, Othman nicht an, sondern erklärten Ali, den Schwiegersohn und seine Nachkommen als die rechtmässige Imame, weshalb sie denn auch die Kalifen-

Dass auch in der Schia das Wahlbruderverhältniss besteht, ist bereits (S. 73) erwähnt worden.[444]

§ 8.

Die Erbschaft fällt mit dem Tode des Erblassers an und wird mit dem Anfalle sofort erworben.[445]

Die Verlassenschaftsverhandlung erfolgt unter Aufsicht des *kâdhî*.[446] Ob wegen etwaiger abwesender Gläubiger von den Erben, welchen die Erbtheile ausgeliefert werden, Kaution zu verlangen ist, wie Abu Hanifa wollte, ist bestritten. Die zwei Schüler waren dagegen.[447]

Jeder Erbe hat das Recht Theilung zu verlangen,[448] soweit die Theilung möglich ist;[449] häufig aber leben die Familien lange in Gemeinschaft weiter.[450] Die Theilung kann eine konventionelle und eine gerichtliche sein; letztere im Fall des Streites oder wenn Minderjährige oder Abwesende betheiligt sind.[451] Die Theilung kann wegen Betrugs oder Irrthums angefochten werden, sofern daraus eine erhebliche Verletzung entspringt.[452] Eine Einwurfspflicht kennt der Islam nicht.[453]

Für die Schulden haftet jeder Erbe nur nach Maassgabe seiner Erbquote; ausserdem kann sich aber der Gläubiger an die Erbschaftsaktiva halten, er kann auch die Erben vor der Theilung benachrichtigen, in welchem Falle ein Jeder haftet, soweit das Vermögen vor der Zahlung der Schulden zertheilt worden ist.[454] Unter den Schulden sind die Begräbnisskosten

---

eigenschaft der weltlichen Herrscher verneinten und so das geistliche und weltliche Oberhaupt trennten.

[444]) Vgl. auch Tornauw, Zeitschrift V S. 180.

[445]) Grady p. 115.

[446]) Rumsey p. 261 f.; Tornauw, Zeitschrift V S. 174.

[447]) Rumsey p. 192 f.

[448]) Sircar p. 265.

[449]) Vgl. oben S. 78.

[450]) Ueber solche Gemeinschaften vgl. auch Dareste, ***Propriété immobilière en Algérie*** p. 61 f.

[451]) Sircar p. 264; Sautayra et Cherbonneau II p. 206 f.

[452]) Sautayra et Cherbonneau II p. 276 f.

[453]) Sautayra et Cherbonneau II p. 365.

[454]) Sautayra et Cherbonneau II p. 266 f.

privilegirt; sie gehen allen Schulden vor, diejenigen ausgenommen, für welche spezielle Pfandrechte bestehen.[455]) Dass jede Schuld mit dem Tode des Schuldners fällig wird, ist bereits anderwärts ausgeführt worden.[456])

VII.

Testirrecht.

§ 1.

Der Erblasser kann gültig über den dritten Theil des Vermögens durch Vermächtnisse verfügen[457]) — aber nur zu Gunsten von Nichterben[458]) (Hidaya p. 670 f., Querry I p. 613, Baillie II p. 233, Minhadj II p. 262) — und in letzterem Fall kann der Erbe dem Legat nicht dadurch zu Kräften verhelfen, dass er auf die Erbschaft verzichtet (Syed Ameer Ali p. 583).

Ueber diese zwei Schranken hinaus ist ein Vermächtniss ungültig; es wird aber gültig, wenn nach dem Tode des Testators die Erben zustimmen: dann wird die Verfügung validirt (Firuzabadsi p. 219, 221); und giebt von mehreren Erben der eine die Einwilligung, so wird das Legat für diesen Theil gültig.[459]) In solchen Fällen erwirbt der Legatar (nach Hane-

---

[455]) Rumsey p. 189 f., Grady p. 4.

[456]) Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft VI S. 218; vgl. auch Baillie I p. 694, Grady p. 4 f.

[457]) Das Testirrecht ist im Koran sanktionirt V 105 und an anderen Stellen; die Beschränkung des $1/3$ beruht auf der Tradition.

[458]) Dieser ziemlich allgemein anerkannte Satz beruht auf Koran IV 7, aus welcher Stelle man schloss, dass die Erbtheile durch das Gesetz in unwandelbarer Weise fixirt seien. Vgl. auch Sautayra et Cherbonneau II p. 325. 332 f.; Syed Ameer Ali p. 461 f. 465 f.; Rumsey p. 231. Maassgebend ist lediglich die Erbenqualität im Momente des Todes, Grady p. 219 f. Uebrigens nehmen die Hanefiten die Ehefrau aus, deren Erbrecht ein ganz besonderes ist. Umgangen wird die ganze Bestimmung vielfach theils durch Schenkungen oder durch Anerkennung simulirter Schulden, theils durch Verfügung zu Gunsten unterschobener Personen.

[459]) Rumsey p. 232, Erbrecht S. 158. Nach manchen, insbesondere nach den Schiiten, genügt aber auch die Einwilligung zu Lebzeiten, nach manchen mindestens die Einwilligung zur Zeit der Todeskrankheit des Erblassers; Syed Ameer Ali p. 466.

fitischer Anschauung) trotzdem das Eigenthum unmittelbar von dem Erblasser, nicht von den Erben: durch die Zustimmung der Erben wird nur ein Hinderniss gehoben[460]) (Hidaya p. 671, Baillie I p. 625, Querry I p. 613, Baillie II p. 233, Minhadj II p. 260).

Sind keine Erben vorhanden, ausser dem Staate, dann besteht bei den Hanefiten die Drittelsschranke nicht[461]) (Baillie I p. 625).

Bei Berechnung des Dritttheils wird die Höhe der Erbschaft in Betracht gezogen; das Wergeld, welches für die Ermordung des Erblassers zu entrichten ist, wird zur Erbschaft gerechnet (Querry I p. 614, Baillie II p. 234).

Uebersteigen mehrere Legate zusammen den Betrag des Freitheils, so werden sie nach Verhältniss gemindert. Uebersteigen aber bereits die einzelnen Legate den Freitheil, z. B. so dass der Erblasser dem Einen das ganze Vermögen, dem Andern die Hälfte vermacht, so behauptet Abu Hanifa, dass dieselben gleichheitlich theilen, weil alles, was der Testamentor über das Drittel hinaus bestimmt, als nicht geschrieben gelte, und es daher so anzusehen sei, als ob einem Jeden $^1/_3$ vermacht worden wäre.[462]) Die Schüler nehmen auch hier eine Reduction nach Verhältniss an (Hidaya p. 676 f.). Die Schiiten mindern die Vermächtnisse nach der Zeitfolge der Legate, also das letzte zuerst, und so zurück (Querry I p. 614, Baillie II. p. 235 f.).[463])

---

[460]) Sautayra et Cherbonneau II p. 328, Rumsey p. 231 f. Anders die Schafiiten, nach welchen in solchem Falle das Recht von den Erben abgeleitet wird; Syed Ameer Ali p. 462; Berg p. 137.

[461]) Sircar p. 93; Rumsey p. 179. 230; Grady p. 26 f. 218; Berg p. 136 f.; Sautayra et Cherbonneau II p. 164. 338; wohl aber bei den übrigen Schulen, Syed Ameer Ali p. 514.

[462]) Vgl. Eherecht S. 161; Rumsey p. 235 f. Ist daher dem einen $^1/_2$, dem andern $^1/_4$ vermacht, so ist die Sache so einzurichten, als ob dem ersten $^1/_3$, dem andern $^1/_4$ vermacht worden wäre, und sie theilen daher den Freitheil nicht im Verhältniss von 2 zu 1, sondern im Verhältniss von $^1/_3$ zu $^1/_4$, d. h. von 4 zu 3 (Baillie I p. 636 f.).

[463]) Syed Ameer Ali p. 488.

Ein Usufruktlegat wird nöthigenfalls auf den Usufrukt an dem Drittel des Vermögens reducirt[464]) (Hidaya p. 692f.). Nach den Schiiten wird der Betrag des Usufruktergebnisses abgeschätzt und darnach berechnet, ob der Freitheil gewahrt ist.[465])

Unter mehreren Freilassungen, welche den Freitheil übersteigen, entscheidet das Loos[466]) (Minhadj II p. 263, Firuzabadi p. 222).

Gewisse Legate gehen bei der Reduction vor, so dass sie womöglich voll ausbezahlt werden und dass die Minderung die übrigen Legate trifft; solche Vorgangslegate sind die Vermächtnisse zu frommen Zwecken, und von diesen gehen wieder diejenigen vor, welche actuelle religiöse Pflichten betreffen[467]) (Baillie I p. 653 f., Querry I p. 614, Baille II p. 234 f.). Eine Exheredation steht dem Erblasser nicht zu (Querry I p. 617, Baillie II p. 238).

Den Legataren gehen die Gläubiger vor: *nemo liberalis nisi liberatus* (Hidaya p. 673, Baillie I p. 627).[468]) Auch der rückständige *mahr* ist eine Schuld, welche vor den Legaten steht.[469])

§ 2.

Der Testator muss volljährig[470]) und (zur Zeit der Testamentserrichtung) gesunden Verstandes sein[471]) (Baillie I p. 627,

---

[464]) Syed Ameer Ali p. 532: Rumsey p. 250. 251; Eherecht S. 163.

[465]) Syed Ameer Ali p. 502. So auch die Schafiiten, mindestens bezüglich des *usus fructus* mit Endtermin, vgl. *ib.* p. 590.

[466]) Syed Ameer Ali p. 585.

[467]) Vgl. Sautayra et Cherbonneau II p. 337. Näheres bei Syed Ameer Ali p. 517 f., Rumsey p. 257 f.

[468]) Vgl. Syed Ameer Ali p. 459; Rumsey p. 191 f.; Grady p. 4. 221; Erbrecht S. 158.

[469]) Syed Ameer Ali, *Person. Law* p. 316; Rumsey p. 192.

[470]) Vgl. Eherecht S. 157, Rumsey p. 220 f., Grady p. 217. Jedoch erkennen die Schiiten, Schafiiten und Malekiten auch ein Testirrecht des Minderjährigen an, wobei indess verschiedene Beschränkungen festgesetzt werden; vgl. Sautayra et Cherbonneau II p. 319; Syed Ameer Ali p. 453 f.

[471]) Damit hängt der Gedanke zusammen, dass, wenn einer an sich

Minhadj II p. 258); Frauen sind der Testamentserrichtung fähig[472]) (Baillie I p. 627, Minhadj II p. 258).

Fähig sind *dhimmîs*, wie Muhammedaner[473]) (Hidaya p. 695 f., Baillie I p. 673 f., Minhadj II p. 258).

Eine Form wird nicht verlangt;[474]) selbst ein Zeichen ist genügend, sofern es sich um einen Testator handelt, der nicht sprechen kann (Baillie I p. 652). Es bedarf weder einer äusseren noch einer inneren Form (Minhadj II p. 267), doch wird der Zuzug zweier Zeugen anempfohlen;[475]) und die Malekiten verlangen, dass ein schriftliches Testament entweder von den Zeugen unterzeichnet oder mit der Klausel: „Vollzieht mein Testament" versehen ist. Auch Testamente in öffentlicher Urkunde vor dem *kâdhî* sind häufig[476]).

Das Legat ist zulässig zu Gunsten eines Fötus, welcher innerhalb 6 Monate nach dem Testament geboren wird[477]) (Hidaya p. 674, Baillie I p. 627, Minhadj II p. 259).

Nach den Schiiten genügt es, wenn die Geburt innerhalb der längsten Gestationsperiode stattfindet[478]). Sonst ist ein Legat zu Gunsten einer noch nicht existirenden Person nichtig (Querry I p. 623, Baillie II p. 244). Eine Ausnahme besteht, wenn die Verfügung die Natur eines *wakf* hat (S. 134).

Wohl aber ist nach einer Ansicht das Legat zu Gunsten einer gestorbenen Person zulässig, sofern der Testator ihren Tod gekannt hat. In diesem Falle kommt das Legat den

selbst Hand gelegt und dann noch vor seinem Tode ein Testament gemacht hat, dieses Testament nichtig ist (Querry I p. 612, Baillie II p. 232).

472) Sautayra et Cherbonneau II p. 321.

473) Sautayra et Cherbonneau II p. 320; Rumsey p. 222f. Bezüglich der Apostaten vgl. oben S. 99.

474) Syed Ameer Ali p. 439f. 522. 541f.; Rumsey p. 218f.; Grady p. 218f.; Berg p. 137.

475) Koran V 105. 106. Vgl. auch Sautayra et Cherbonneau II p. 338f.

476) Sautayra et Cherbonneau II p. 27. 339f.

477) Vgl. Eherecht S. 159; Sautayra et Cherbonneau II p. 322, Syed Ameer Ali p. 473. 582f.; Rumsey p. 227.

478) Syed Ameer Ali p. 475. Auch die Schafiiten neigen sich dieser Ansicht zu, vgl. *ib.* p. 583. Uebrigens hängt dies auch damit zusammen, dass die Schiiten eine kürzere Gestationsfrist annehmen; vgl. oben S. 67.

Erben des Legatars zu Gute, oder es wird verwendet zur Zahlung der Schulden desselben[479]. Doch ist dies nicht überall anerkannt[480].

Zulässig ist das Legat zu Gunsten eines *dhimmî*, und dies selbst wenn der Erblasser ein Moslim ist (Hidaya p. 672, Baillie I p. 626, Querry I p. 623, Baillie II p. 244);[481] nichtig dagegen ist nach vorwiegender Meinung das Legat an einen Ungläubigen, welcher nicht *dhimmî* ist.

Wer den Erblasser getödtet hat, ist des Legatserwerbes unfähig[482] (Hidaya p. 672), und zwar gleichgültig, ob die todtbringende Wunde vor oder nach Errichtung des Legats beigebracht wurde[483]. Doch macht man auch hier eine Ausnahme, wenn der Todschläger ein Kind oder ein Wahnsinniger ist (Baillie I p. 626); auch hört nach den Malekiten der Mangel auf, wenn der Erblasser verziehen hat;[484] und die Schiiten erkennen bekanntlich das Hinderniss überhaupt nur bei absichtlicher Tödtung an[485]. Gehoben wird das Hinderniss, sobald die Erben zustimmen.[486]

Gegenstand des Legates kann alles sein, was *in commercio* ist, daher nicht Wein und Schweine oder ähnliches.[487]

Im Falle eines *legatum generis* erhält der Legatar, wenn Sachen dieses *genus* im Nachlasse sind, ein Stück dieses *genus*; wenn nicht, ist es fraglich, ob der Werth einer solchen Sache geschuldet wird oder nicht.[488]

---

[479] Sautayra et Cherbonneau II p. 322.

[480] Syed Ameer Ali p. 471.

[481] Vgl. Eherecht S. 160, Syed Ameer Ali p. 457f. 471f.; Rumsey p. 222f., Sautayra et Cherbonneau II p. 321f. Nur die Schafiiten sind enger, Syed Ameer Ali p. 471.

[482] Wie die Erbschaft. Vgl. oben S. 98.

[483] Vgl. Syed Ameer Ali p. 460.

[484] Sautayra et Cherbonneau II p. 324. Als Verzeihung gilt, wenn der Testator, der Sache bewusst, das Legat nach der Verwundung errichtete, Syed Ameer Ali p. 461.

[485] Syed Ameer Ali p. 461. Vgl. oben S. 98.

[486] Rumsey p. 227.

[487] Sautayra et Cherbonneau II p. 330; Syed Ameer Ali p. 512.

[488] Rumsey p. 239.

Nichtig ist das Legat einer fremden Sache.[489])

Gegenstand des Legates kann auch ein Usufrukt sein, auch die künftigen Früchte (Firuzabadi p. 222); der Gegenstand kann auch alternativ bestimmt und die Wahl dem Legatar überlassen werden[490]) (Minhadj II p. 261, 275).

Auch eine Quote der Erbschaft kann Gegenstand des Legates sein, mindestens nach Ansicht der Hanefiten.[491])

Das Legat lässt Suspensivbedingungen zu: besonders wichtig ist die Bedingung: „wenn ich in der bestimmten Gefahr sterbe." Uebrigens wird angenommen, dass der Erblasser, welcher das Testament schriftlich gefasst und bei einem Dritten hinterlegt hat, auf die Bedingung verzichtet, wenn er nach Ueberstehung der Gefahr das Testament nicht zurücknimmt.[492])

Ein unsittliches Legat, d. h. ein Legat, welches etwas Unsittliches befördern würde oder welches ein Umgehen des Gesetzes herbeiführte, wäre nichtig.[493])

§ 3.

Das Legat wird zurückgenommen durch ausdrückliche Erklärung oder auch durch die That, insbesondere durch anderweitige Verfügung über die Sache[494]) (Hidaya p. 674 f., Baillie I p. 628, Querry I p. 611, Baillie II p. 231, Minhadj II p. 278, Firuzabadi p. 225 ff.).

Ueber die Akte, welche eine Revokation enthalten, finden sich bei den Islamiten sehr subtile Ausführungen.[495]) Von Interesse ist insbesondere die Erscheinung, dass vielfach auch

[489]) Rumsey p. 248.

[490]) Vgl. Erbrecht S. 158, Syed Ameer Ali p. 512. 531f. 584. Wird dem einen die Sache, dem andern der Ususfrukt vermacht, so gilt die römische Entscheidung, wornach sich beide in den Ususfrukt theilen; mindestens für den Fall, dass das Ususfruktlegat das erste ist und das Eigenthumslegat hinten nachfolgt.

[491]) Rumsey p. 238, Grady p. 5.

[492]) Syed Ameer Ali p. 441.

[493]) Sautayra et Cherbonneau II p. 330.

[494]) Vgl. Eherecht S. 160; Berg p. 138; Sautayra et Cherbonneau II p. 341f., Grady p. 220f., Rumsey p. 259, Syed Ameer Ali p. 525f. 592.

[495]) Vgl. darüber auch Rumsey p. 259f.

in der Verpfändung der Sache eine Revokation des Legates erblickt wird[496] (Firuzabadi p. 226); ist ein Stück Eisen vermacht und wird daraus ein Schwert fabrizirt, so ist dies Revokation; ob auch, wenn ein Stück Silber zu einem Ring verarbeitet wird, ist streitig (Baillie I p. 629 f., vergl. auch Querry I p. 611 f., Baillie II p. 231).

Das Legat erlischt, sobald der Legatar den Anfall d. h. den Tod des Erblassers nicht erlebt.[497]

§ 4.

Der Legatar kann nach dem Tode des Erblassers das Legat annehmen oder ausschlagen; eine frühere Erklärung bindet ihn nicht[498] (Hidaya p. 672 f., Baillie I p. 624, Querry I p. 610, Baillie II p. 229, Minhadj II p. 268). Nach den Schiiten kann der Legatar auch einen Theil des Legats annehmen, den anderen Theil refüsiren (Querry I p. 611, Baillie II p. 230).

Die Frage, ob der Erwerb des Legates *ipso jure* stattfindet oder erst durch die Annahme, spielt auch bei den Islamiten; vgl. insbesondere Firuzabadi p. 220, Minhadj II p. 268.[499]. Die hanefitische Schule ist vorwiegend für die letztere Ansicht (Hidaya p. 673, Baillie I p. 624).

Doch machen auch diese eine Schwenkung nach der entgegengesetzten Seite; denn wenn der Legatar ohne Annahme stirbt, so gilt das Legat als angenommen[500] (Hidaya p. 673, Baillie I p. 624). Die Schiiten nehmen dagegen an, dass mit dem Tode das Wahlrecht auf die Erben des Legatars übergeht[501] (Querry I p. 611, Baillie II p. 230); ebenso die Schafiiten (Firuzabadi p. 220).

---

[496]) Nicht so bei den Hanefiten, Syed Ameer Ali p. 527.

[497]) Vgl. Syed Ameer Ali p. 587, Rumsey p. 228.

[498]) Rumsey p. 233.

[499]) Syed Ameer Ali p. 587; Berg p. 138.

[500]) Vgl. Eherecht S. 160; Syed Ameer Ali p. 530; Rumsey p. 233. Dies wird damit motivirt, dass ein Stillschweigen des Legatars bis zu seinem Tode als stillschweigende Annahme gilt.

[501]) Syed Ameer Ali p. 530.

Der Richter kann den säumigen Legatar zur Erklärung sommiren, ansonst das Legat verfällt (Firuzabadi p. 220).

Nach Ansicht der Schiiten kann eine Annahme des Legats auch schon zu Lebzeiten des Testators erklärt werden; diese Annahme ist insbesondere dann sicher entscheidend, wenn sie mit Besitzerwerb verbunden ist.[502])

Eine Accrescenz tritt ein, wenn dieselbe Sache zwei Legataren conjunctim, d. h. ohne Bestimmung getrennter Theile hinterlassen worden ist.[503])

§ 5.

Der Erblasser kann einen Erbschaftsvollstrecker ernennen,[504]) insbesondere auch für Kinder und Abwesende. Ein solcher hat hier zugleich den Charakter des testamentarischen Vormundes oder Kurators, während bei volljährigen anwesenden und geistesgesunden Erben der Exekutor lediglich die Erbschafts- und Testaments - Angelegenheiten abzuwickeln hat. Dasselbe gilt auch dann, wenn zwar der Vormund für einen Minderjährigen aufgestellt ist, aber nicht von dem Vater, sondern von einem Anderen, welcher dem Kinde Vermögen hinterlassen hat (Querry I p. 631, Hidaya p. 697 f.).

Eine Pflicht zur Annahme der Exekution besteht nicht; ist dieselbe jedoch angenommen, so kann sie der Exekutor nicht mehr von sich abthun; die bindende Annahme aber kann schon zu Lebzeiten des Testators erklärt werden[505]) (Hidaya p. 697, Baillie I p. 676 f.); vgl. Rumsey p. 262.

Ein *dhimmî* kann für einen *dhimmî* als Exekutor ernannt werden, dagegen für einen Moslim nur ein Moslim (Baillie I. p. 679, Querry I p. 628, Baillie II p. 249). Doch bestehen in dieser Beziehung verschiedene Zweifel und Gegenansichten; vgl. Syed Ameer Ali, Person. Law p. 412 f., 421; insbesondere wird angenommen, dass die Aufstellung eines *dhimmî* nie von selbst

[502]) Syed Ameer Ali p. 529f. Anders die Hanefiten, vgl. Eherecht S. 160, und oben S. 127.

[503]) Grady p. 220.

[504]) Vgl. auch Sautayra et Cherbonneau I p. 361f.

[505]) Syed Ameer Ali p. 549f.; Eherecht S. 124.

nichtig, ein solcher nur von dem *kâdhî* zu removiren sei, Rumsey p. 263.

Minderjährige und Wahnsinnige können nicht ernannt werden, wohl aber Frauen oder Blinde[506]) (Baillie I p. 680, Querry I p. 627, Baillie II p. 243); vgl. auch Syed Ameer Ali, Person. Law p 411.

Der Testamentsvollstrecker hat den Charakter eines formellen *heres*, d. h. eines Fortsetzers des Erblassers in Bezug auf die Vermögensverwaltung (Hidaya p. 698). Daraus wird der merkwürdige Schluss gezogen, dass der Exekutor auf seinen eigenen Todesfall nicht nur für sich selbst einen Exekutor aufstellen, sondern auch seine Exekutorschaft auf diesen übertragen kann (Baillie I p. 684). Bei den Schiiten und Schafiiten wird dies nur dann anerkannt, wenn ihm der Testatar dieses Ernennungsrecht ausdrücklich gewährt hat.[507])

Der Testamentsvollstrecker hat das Recht, das Vermögen zu verwalten, Mobilien zu verkaufen (nöthigenfalls auch Immobilien), Schulden zu berichtigen, die Abtheilung mit den Legataren zu vollziehen (Hidaya p. 700 f.).[508]) Ebenso kann er als Vertreter der minderjährigen Erben ihre Abtheilung mit den volljährigen Erben vollziehen; dagegen kann er nicht die Abtheilung der Minderjährigen unter sich bewirken, da er nicht der Vertreter der differirenden Einzelinteressen ist (Baillie I p. 686); ebenso nicht die Abtheilung für minderjährige Legatare, denn der Exekutor ist nicht Vertreter der Legatare.[509])

Zwei Testamentsexekutoren haben zusammen zu handeln (Minhadj II p. 282), ausser sofern es sich um laufende Geschäfte handelt oder der eine abwesend oder Gefahr im Verzuge ist. Abu Yusuf glaubte allerdings, dass die Ernennung

---

[506]) Syed Ameer Ali p. 543. 592f.

[507]) Syed Ameer Ali p. 557f. 560. 581. 593; Berg p. 139.

[508]) Vgl. auch Syed Ameer Ali p. 564f. 572f., Rumsey p. 267f. Kann der Exekutor eines Unmündigen eine Erbschaftssache an sich selbst verkaufen? Die Frage wird entweder verneint oder dahin beantwortet, dass das Geschäft gültig ist, wenn es im Interesse des Unmündigen liegt (Baillie I p. 692, II p. 250).

[509]) Rumsey p. 271.

eines jeden eine solidare sei, aber die andere Ansicht wurde die herrschende[510]) (Hidaya p. 698 f., Baillie I p. 680 f. Querry I p. 628, Baillie II p. 249). Entsprechend nimmt auch Abu Yusuf an, dass im Falle des Todes des einen Exekutors der andere allein die Geschäfte führt, während nach der herrschenden Ansicht in diesem Falle eine neue Regelung durch die Obrigkeit stattfinden muss (Baillie I p. 682); die Schiiten stimmen in diesem Punkte mit Abu Yusuf überein, doch ist die Sache auch hier zweifelhaft (Querry I p. 629, Baillie II p. 249).

Der Exekutor kann wegen Unredlichkeit, Leichtfertigkeit oder schlechter Lebensführung von dem *kâdhî* removirt werden[511]); genügt er seiner Aufgabe nicht, so kann man ihm einen Beistand zuordnen (Hidaya p. 698, Baillie I p. 678 f., 680); bittet er aus gewichtigen Gründen um Enthebung, so kann ihm solche von dem *kâdhî* gewährt werden (Baillie I p. 678). Auch sonst hat der *kâdhî* ein Enthebungsrecht, sofern er überzeugt ist, dass der Exekutor seiner Aufgabe nicht entspricht.[512]) Denn der *kâdhî* hat die Oberaufsicht über die Verlassenschaftsverhandlung.

Ist ein Grossvater vorhanden, so glauben Viele, dass der Vater dem minderjährigen Kinde keinen Exekutor, d. h. Testamentsvormund, ernennen könne[513]); so Schafii (Hidaya p. 703, Minhadj II p. 22; so die Schiiten (Querry I p. 630, Baillie II p. 251). Anders die Hanefiten (Hidaya p. 703);[514]) doch nehmen auch sie an, dass die persönliche Vormundschaft mit Verheirathungsrecht dem Grossvater zustehe;[515]) denn das Verheirathungsrecht soll überhaupt nicht dem testamentarischen Vormund, sondern dem entsprechenden

[510]) Vgl. Rumsey p. 266, Grady p. 221; Eherecht S. 127; Syed Ameer Ali p. 552f. So auch die Schafiiten, vgl. *ib.* p. 594. Uebrigens kann natürlich der Testator etwas anderes bestimmen und jeden Exekutor zum solidaren machen.

[511]) Vgl. Eherecht S. 126, Syed Ameer Ali p. 593; Rumsey p. 264.

[512]) Syed Ameer Ali p. 545f.

[513]) Vgl. oben S. 17.

[514]) Syed Ameer Ali p. 575; Eherecht S. 125.

[515]) Rumsey p. 265. Vgl. auch oben S. 44.

Verwandten zustehen, wie dies bereits oben (S. 44) ausgeführt worden ist.

Die Verfügung, dass ein Grabmal errichtet werde, ist nichtig; überhaupt sind Verfügungen, welche die Beerdigung betreffen, nur in beschränktem Maasse zulässig (Baillie I p. 633 f.).[516]

§ 6.

Eine Schenkung auf dem Todtbette[517]) wird, was die Dispositionsschranken betrifft, einem Legate gleichgestellt[518]) (Hidaya p. 684, Baillie I p. 551, Querry I p. 601, Baillie II p. 209, Firuzabadi p. 221, Minhadj II p. 265 f.). Dasselbe gilt auch von indirekten Schenkungen, insbesondere von zweiseitigen Geschäften, welche absichtlich in einer den Mitkontrahenten begünstigenden Weise eingegangen werden; es gilt auch von der Bürgschaftsübernahme, es gilt von der Manumission (Hidaya p. 685 f.). Uebrigens ist diese Gleichstellung mit den *mortis causa donationes* nicht unbestritten, insbesondere geht bei den Schiiten der Zug dahin, diese Schranke zu sprengen (Querry II p. 635).

Uebersteigt ein *negotium mixtum cum donatione* oder eine Manumission in Verbindung mit Legaten den Freitheil, so gehen die ersteren zwei Verfügungsarten vor[519]) (Hidaya p. 686): denn sie sind zwar bezüglich des Umfangs der Verfügungsgewalt dem Legate gleichgestellt, aber sie sind insofern fester, als sie nicht revokabel sind (Baillie I p. 652 f., Querry I p. 636 f., Baillie II p. 257). Ebenso geht eine blanke Schenkung auf dem Todtbette den Legaten vor[520]). Unter mehreren Schenkungen, welche den letztwilligen Dis-

[516]) Die Schiiten gestatten sie in grösserem Umfange, als die Hanefiten. Ueber das Nähere vgl. Syed Ameer Ali p. 468f.

[517]) Vorausgesetzt ist eine schwere Krankheit und vorausgesetzt ist, dass der Betreffende wirklich an dieser Krankheit stirbt, Syed Ameer Ali p. 585f.

[518]) Sie ist insofern dem Legat gleichgestellt; im übrigen folgt sie den Regeln der Schenkung. Vgl. auch Sautayra et Cherbonneau II p. 335, Syed Ameer Ali p. 85f., Grady p. 184.

[519]) Rumsey p. 282.

[520]) Syed Ameer Ali p. 448f.

positionen gleichgestellt sind, geht die ältere der jüngeren vor (Minhadj II p. 264). Doch gilt dies nicht unbedingt.

Eine Schuld, welche bloss durch Anerkenntniss *mortis causa* bestätigt wird, hat den Verdacht der Liberalitätsverfügung gegen sich; sie wird im Nothfalle erst nach den übrigen Schulden berichtigt[521]) (Baillie I p. 694); und die Anerkennung ist unwirksam, wenn sie zu Gunsten eines Erben erfolgt[522]).

Ob den Verfügungen auf dem Todtbette die Verfügungen in einer präsenten Lebensgefahr gleichzustellen seien, darüber herrscht Differenz. Die Schiiten verneinen es (Querry I p. 636, Baillie II p. 257). Die Hanefiten und die Schafiiten sind anderer Ansichten: Verfügungen in präsenter Lebensgefahr, insbesondere auch Verfügungen eines zum Tode Verurtheilten, unterliegen den Regeln über die Dispositionen auf dem Siechbette.[523])

VIII.

Die Stiftung im islamitischen Rechte.[524])

§ 1.

Die Lehre von der Stiftung[525]) ist im islamitischen Rechte reich entwickelt; der Orientale stiftet für Religionszwecke und für humanitäre Zwecke, denn seine religiöse Anlage ist gross. Von besonderer Bedeutung sind daher die Erörterungen der islamitischen Juristen; denn eine Materie, welche eine solche Rolle spielt, welche Jahrhunderte lang von so vielen scharfsinnigen und subtilen Juristen diskutirt worden ist, muss

---

521) Rumsey p. 282. 290f.

522) Eherecht S. 166. Vgl. übrigens Note 458.

523) Eherecht S. 165; Syed Ameer Ali p. 586.

524) Vgl. zum Ganzen das Werk von Syed Ameer Ali, ***Law relating to gifts, trusts and testamentary dispositions among the Mahommedans***, p. 178—435 und 595f. Vgl. ferner Sautayra et Cherbonneau II p. 374f. Grady p. 222f. Ueber die Gestaltung der Sache in Algier und die französische Gesetzgebung daselbst vgl. Armanel, ***Manuel prat. et sommaire de la justice Musulmane*** p. 111f., Dareste, ***Propriété immobilière en Algérie*** p. 56f.

525) *Wakf* oder *habu*.

zweifellos eine Reihe von Ansätzen und Motiven bieten, welche auch für unser praktisches Recht verwerthbar sind.

Schon die Frage, in welchem Momente die Stiftung vollendet ist, bot Anlass zu interessanten Erörterungen; und wie bei solchen heikeln Fragen öfters, waren nicht einmal die Lehrer der Hanifaschule unter einander einig. Nach Abu Hanifa selbst ist die Stiftung erst in dem Momente perfekt, in welchem der *kâdhî* die Stiftungserklärung bestätigt, oder wenn die Stiftung auf den Todesfall ist, mit dem Momente des Todes. So Abu Hanifa; seine beiden Hauptschüler gingen weiter, aber allerdings nicht in gleicher Weise. Nach Mohamed ist die Stiftung mit dem Momente perfekt, in welchem der Stifter einen Verwalter, einen *mutawâlî* aufgestellt und ihm das Gut überantwortet hat; nach Abu Yusuf, welcher die vorgeschrittenste Richtung vertritt, ist der *wakf* bereits mit dem Momente perfekt, in welchem die Stiftungserklärung abgegeben ist (Hidaya p. 232 f.).[526] Entsprechend konnte man daher auch annehmen, dass eine Stiftung gültig sei, welche in erster Reihe zu Gunsten des Stifters selbst erfolgt (Baillie I p. 576, 595.)[527]

Bei der Stiftung einer Moskee[528] gilt als der entscheidende, die Stiftung perfizirende Moment derjenige, in welchem Jemand in der Moskee betet — dadurch ist dieselbe gleichsam im Namen aller Gläubigen in Besitz genommen (Hidaya p. 239, Baillie I p. 615 f.). Ganz ähnlich gilt bei der Stiftung eines öffentlichen Brunnens, eines Karavanserai oder eines Vertheidigungspunktes[529] der Moment als entscheidend, in welchem Jemand sich ihrer bestimmungsgemäss bedient hat. Doch ist auch hier die Uebergabe an einen *mutawâlî (procurator)* wirksam, aber nicht üblich. Abu Yusuf nimmt auch in diesen Fällen an, dass die blosse Stiftungserklärung genügt (Hidaya p. 239, 240, Baillie I p. 620 f.).

Nach Schafiitischer Rechtsschule ist die Stiftung erst

[526]) Vgl. auch Sautayra et Cherbonneau II p. 410.
[527]) Syed Ameer Ali p. 342 f.
[528]) Syed Ameer Ali p. 232 f.
[529]) Syed Ameer Ali p. 242 f.

mit der Annahme von Seiten eines Stiftungsbegünstigten perfekt. Daher ist auch die Stiftung zu Gunsten einer noch nicht existirenden Person unstatthaft[530]) (Minhadj Attalib. II p. 185 f.).

Auch die Schiiten verlangen zur Perfektion der Stiftung Uebergabe der Sache[531]) (Querry I p. 576, 583, Baillie II p. 212); auch sie erachten die Stiftung zu Gunsten einer noch nicht existirenden Person für nichtig (Querry I p. 578, 584); und wenn die Stiftung in erster Reihe zu Gunsten einer noch nicht existirenden Person, in zweiter Reihe zu Gunsten einer existenten Person erfolgt, so ist die ganze Stiftung nichtig (Querry I p. 578 f.); doch ist auch die entgegengesetzte Ansicht vertreten[532]). Die gleiche Frage taucht auf, wenn eine Stiftung zunächst zu Gunsten des Stifters und sodann zu Gunsten einer dritten Person erfolgt: die Stiftung zu Gunsten des Stifters ist nach Schiitischer Anschauung ungültig[533]); entsprechend ist hier der ganze Stiftungsakt nichtig (Querry I p. 583 f.). Damit steht nicht in Widerspruch, dass, wenn die Stiftung zu Gunsten der Armen erfolgt, der Stifter selbst daran partizipiren kann, wenn er in Armuth geräth (Querry I p. 584).[534])

Handelt es sich um die Stiftung einer Moskee, so gilt es auch hier als Annahme, wenn eine Person darin ihr Gebet

---

[530]) D. h. sofern nicht mindestens die erstbegünstigte Person bereits geboren ist. Ist die Stiftung zunächst zu Gunsten einer existirenden Person gemacht, so können in zweiter und folgender Reihe künftige Personen in Rücksicht kommen. Vgl. auch Syed Ameer Ali p. 368.

[531]) Uebergabe an den Stiftungsberechtigten, bezw. an einen, welcher an Stelle aller Stiftungsberechtigten handelt, bezw. an einen Administrator, Syed Ameer Ali p. 377f. Vgl. auch Tornauw S. 156.

[532]) Vgl. Syed Ameer Ali p. 368f.

[533]) Entsprechend ist nach dieser Anschauung auch die Stiftung zu Gunsten eines Dritten ungültig, wenn dabei der Stifter sich ausbedingt, dass der durch die Stiftung Gerufene seine Schulden bezahlen solle (Querry I p. 584). Vgl. auch Syed Ameer Ali p. 380.

[534]) Vgl. Syed Ameer Ali p. 381f. Dies wird von Hanefitischer Seite verneint, Baillie I p. 593.

spricht (Querry I p. 585); ebenso ist es bei einem Begräbnissplatz entscheidend, wenn eine Person bestattet wird (*ib.* p. 585).[535]

Auch die Malekiten verlangen Annahme bezw. Besitzergreifung (Khalil [Peron V p. 32 f.]).[536] Dieselbe muss zu Lebzeiten des Stifters erfolgen, ja vor seiner letzten Krankheit und vor seinem etwaigen Konkurse.[537]

Mit dem soeben Entwickelten steht ein weiterer Punkt in Zusammenhang.

Die Stiftung kann nach Hanefiitischer Ansicht zunächst eine imperfekte sein, sofern sich der Stifter ein besonderes Recht vorbehält; so das Recht, den Stiftungsgegenstand während der Lebzeiten zu benutzen[538], so insbesondere auch das Recht, den Stiftungsgegenstand wieder für frei zu erklären, oder ihn mit einem anderen Gegenstande zu vertauschen.[539] Doch waren auch bezüglich dieses Punktes die Ansichten sehr verschieden. Für die Gültigkeit war Abu Yusuf, während Mohamed entgegen war (Hidaya p. 237 f., Baillie I p. 565. 595 f.). Dies hing mit der ganzen Verschiedenheit ihrer Auffassung bezüglich der Entstehung der Stiftung zusammen; Mohamed verlangte Uebergabe, und eine solche schliesst den Selbstgenuss aus. Manche Juristen erklärten in solchem Falle die Stiftung für giltig und strichen nur die Nebenbestimmung.[540] Auch die Schiiten halten, entsprechend

---

[535]) Vgl. Syed Ameer Ali p. 390.

[536]) Syed Ameer Ali p. 405; Sautayra et Cherbonneau II p. 391 f.

[537]) Ueber die Aenderungen der Stiftungsverhältnisse durch die französische Gesetzgebung in Algier vgl. Sautayra et Cherbonneau II p. 413 f. Vgl. auch die oben Note 524 in fine citirten Werke.

[538]) Syed Ameer Ali p. 279. 343 f.

[539]) Syed Ameer Ali p. 344. Doch kann der Umtausch nur einmal gemacht werden, sofern nicht ein anderes ausbedungen worden ist (Baillie I p. 597). Bei der Stiftung einer Moschee kann ein Optionsrecht nicht vorbehalten werden (Baillie I p. 617); vgl. auch Syed Ameer Ali p. 206. 344. In allen Fällen muss eine Zeit bestimmt werden, in welcher die Option auszuüben ist, Syed Ameer Ali p. 336.

[540]) Syed Ameer Ali p. 336.

ihrer Theorie von der Stiftungsperfektion, den Vorbehalt der eigenen Benutzung für unzulässig (Querry I. p. 583).[541]

§ 2.

Der Stifter muss frei, volljährig und gesunden Geistes sein (Baillie I p. 560, Minhadj Attal. II p. 182)[542]; ebenso auch nach den Schiiten (Querry I p. 578). Dagegen ist islamitischer Glaube nicht erforderlich, auch ein Ungläubiger, ein *dhimmî*, kann stiften (Baillie I p. 560.)[543]

Einer besonderen Form bedarf die Stiftung nicht.[544]

Gegenstände des *wakf* sind[545] zunächst Immobilien; dies ist unbestritten: die Immobiliarstiftung geht auf Traditionen aus der Zeit des Propheten zurück. Bei der strikten Immobiliarstiftung blieb aber auch Abu Hanifa stehen. Abu Yusuf ging in sofern darüber hinaus, als er annahm, dass mit den Immobilien auch ihre Pertinenzen, ihr *instrumentum*, der Stiftung gewidmet werden dürften. Dabei aber liess es Mohamed nicht bewenden: diesmal war er der kühnere: Mobilien sollten auch ohne Immobilien, sie sollten auch selbstständig gewidmet werden dürfen, und zwar einmal Kriegsgeräthe zum Kampf gegen die Ungläubigen — dies beruht auf spezieller Tradition — sodann aber auch andere Sachen, bezüglich welcher eine Widmung üblich ist, insbesondere Bücher und Geräthschaften (Hidaya p. 234 f.); und diese Ansicht Mohameds ist, wenigstens in Indien, die herrschende geworden (Baillie I. p 570 f.)[546]

Nach der Schafiitischen Schule ist die Bewidmung von Mobilien wie Immobilien üblich, nur müssen es Mobilien sein, welche einen ständigen Gebrauch zulassen (Minhadj II p. 182). Ebenso ist es auch bei den Schiiten (Querry I

---

[541]) Syed Ameer Ali p. 378f.

[542]) Vgl. auch Syed Ameer Ali p. 191f.; Sautayra et Cherbonneau II p. 376.

[543]) Syed Ameer Ali p. 198; Sautayra et Cherbonneau II p. 378.

[544]) Sautayra et Cherbonneau II p. 389f.

[545]) Vgl. darüber auch Syed Ameer Ali p. 212f.

[546]) Vgl. auch Sautayra et Cherbonneau II p. 408f.

p. 577);[547]) ein unkörperliches Vermögensgut, z. B. eine Forderung, wird hier ausdrücklich ausgeschlossen.

Aehnlich verhält es sich bei den Malekiten.[548])

Die Bewidmung einer fremden Sache ist ungültig (Baillie I p. 562f.);[549]) doch nimmt man vielfach an, dass dieselbe durch Ratihabition des Eigenthümers konvaleszire (Querry I p. 577); jedoch sind andere in der Annahme einer Konvaleszenz strenger (Baillie I p. 562 f.).[550]) Dagegen wird die Gültigkeit des *wakf* nicht dadurch beeinträchtigt, dass Dritten an dem Eigenthum des Stifters ein *jus in re aliena,* insbesondere ein Pfandrecht, zusteht (Baillie I p. 563 f.). Ebenso wird die Stiftung auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Stifter Schulden hat; sind dieselben aber im Momente der Stiftung so bedeutend, dass das Stiftungsobjekt zu ihrer Befriedigung mitwirken muss, so kann dasselbe zur Zahlung der Schulden verkauft werden.[551]) Aehnlich auch die Malekiten (Khalil [Perron] V p. 30).[552]).

Die Ausübung des Retraktrechts vernichtet die Stiftungs-

---

[547]) Vgl. auch Syed Ameer Ali p. 364f. Manche nehmen an, dass Gold- oder Silbermünzen nichtsdestoweniger Gegenstand des *wakf* sein können, sofern sie (etwa zur Zierde) gebraucht werden können ohne Verausgabung (Querry *ib.*): eine weitergehende Meinung erkennt die Zulässigkeit der Geldstiftung in unbeschränkter Weise an, Baillie I p. 571: vgl. auch Syed Ameer Ali p. 214. 365f. Sklaven können der Gegenstand einer Stiftung sein; begeht ein solcher Sklave ein todeswürdiges Verbrechen, so entrinnt er darum dem Tode nicht (Querry I p. 585. 587). Bezüglich der Rechtsverhältnisse der Kinder eines gestifteten Sklaven hat man subtile Sätze aufgestellt (Querry I p. 599f.). Auch die dem Todten mitgegebene Todtenkleidung gilt als gestiftet (Querry I p. 589).

[548]) Sautayra et Cherbonneau II p. 387f.; Syed Ameer Ali p. 403 f.

[549]) Vgl. Syed Ameer Ali p. 199f., Sautayra et Cherbonneau II p. 337.

[550]) Unzulässig ist die Stiftung durch den Usufruktuar oder den Lehensmann, vgl. Syed Ameer Ali p. 223. Ist die Stiftung von künftig zu erwerbenden Vermögensstücken gültig? Die Malekiten bejahen es; vgl. Sautayra et Cherbonneau II p. 389.

[551]) Syed Ameer Ali p. 202. 341.

[552]) Syed Ameer Ali p. 395. 408; Sautayra et Cherbonneau II p. 377.

eigenschaft,[553]) ein deutlicher Beweis für die dingliche Natur des Retrakts.

Vielen Streit verursachte unter den „Doktoren“ die Frage, ob auch die Stiftung einer unabgetheilten Quote gültig sei.[554]) Mohamed war dagegen, weil zur Perfektion der Stiftung die faktische Uebergabe gehöre, diese aber die Theilung voraussetze. Abu Yusuf war, entsprechend seiner Grundauffassung, für die bejahende Ansicht. Nur bezüglich der Stiftung von Moskeeen und Begräbnissplätze machte er eine begreifliche Ausnahme.

Bezüglich der Quoten untheilbarer Sachen war die Gültigkeit überhaupt nicht bestritten — es verhielt sich hier ähnlich, wie bei der Schenkung (Hidaya p. 233 f., Baillie I p. 573). Vgl. oben S. 96.

Die Schiiten erachten die Bewidmung einer Quote für statthaft (Querry I p. 578). Vgl. oben S. 96.

Ebenso auch die Malekiten.[555])

Ist eine ungetheilte Quote bewidmet, so kann der Stifter nicht selbst die Abtheilung vollziehen; vielmehr erfolgt die Abtheilung, indem der *kâdhî* das Interesse der Stiftung vertritt; oder der Stifter veräussert die ihm verbliebene Quote, der Käufer vollzieht mit ihm die Theilung, worauf der Stifter seine Quote zurückerwirbt (Hidaya p. 235 f., Baillie I. p. 573).

Eine interessante Frage war es, ob ein faktischer Gebäudetheil zu einer Moskee gewidmet werden könne, z. B. der obere oder untere Stock eines Hauses oder das Mittelstück eines Gebäudes. In dieser Beziehung wurde viel gestritten;[556]) der Gedanke, dass ein gesondertes Eigenthum an einem Gebäudetheile nicht stattfinden könne, durchkreuzt sich mit dem faktischen Bedürfnisse, in bevölkerten Städten solche Verhältnisse

---

[553]) Syed Ameer Ali p. 341.

[554]) Vgl. Syed Ameer Ali p. 218f. In Indien gilt die freiere Ansicht Abu Yusuf's, die andere Ansicht ist in Bokhara die herrschende.

[555]) Syed Ameer Ali p. 404; Sautayra et Cherbonneau II p. 388.

[556]) Eine berühmte Diskussion fand im Jahre 872 der Hedjra statt, Syed Ameer Ali p. 222. Vgl. auch *ib.* p. 237f.

aufrecht zu erhalten. Im Allgemeinen neigte man sich zur Bejahung (Hidaya p. 239; vgl. auch Baillie I p. 615 f.).

Nach Schafiitischer Schule ist eine Bewidmung auch in Bezug auf ein Gebäude möglich, welches man auf fremdem Terrain besitzt (Minhadj II p. 182 f.).

Die Stiftung trifft die Sache mit ihren Inädifikaten; sie trifft aber nicht die pendenten Früchte der Sache. Nur Pflanzen, welche länger als ein Jahr wurzeln, sind inbegriffen (Baillie I p. 572).[557]

§ 3.

Die Stiftung wird charakterisirt durch den Stiftungszweck; der Stiftungszweck wird festgesetzt durch den Stifter.[558]

Der Zweck der Stiftung[559] muss ein erlaubter sein,[560] er braucht aber nicht nothwendig ein frommer oder religiöser zu sein (Minhadj Attalib. II p. 184). Insbesondere kann die Stiftung stattfinden für einen Brunnen, einen Weg (Hidaya p. 240, Baillie I p. 620 f.), eine Brücke (Querry I p. 579) u. a.[561] Von besonderer Wichtigkeit ist natürlich die Stiftung einer Moskee.[562]

---

557) Vgl. auch Syed Ameer Ali p. 217. Es gelten also ähnliche Grundsätze wie bei dem Kauf; vgl. meine Abhandl. in Z. f. vgl. Rechtsw. VI S. 240.

558) Vgl. Syed Ameer Ali p. 406.

559) Vgl. Syed Ameer Ali p. 225 f.

560) Daher erachten die Islamiten eine Stiftung zum Bau einer christlichen Kirche für unzulässig (Khalil [Perron V p. 28 f.], Minhadj Attal. II p. 184, Querry I p. 579). Doch macht Abu Hanifa eine Ausnahme bezüglich der letztwilligen Stiftung eines *dhimmîs* (Hidaya p. 695 f., Baillie I p. 673 f., Syed Ameer Ali p. 508. 582, Rumsey p. 223). Wohl aber kann die Stiftung zu Gunsten eines Ungläubigen erfolgen, sofern er der Unterthan eines islamitischen Fürsten ist (Minhadj II p. 183); sonst aber nicht. Doch giebt es auch eine laxere Ansicht (Querry I p. 579. 581). Eine Stiftung zur Herstellung von Kopieen der fremden Religionsschriften ist nichtig, ausser sofern die Stiftung von einem Mitgliede dieser Religion herrührt (Querry I p. 579).

561) Doch besteht im Einzelnen mancher Streit (Baillie I p. 575 f.).

562) Die Stiftung einer Moskee durch einen Ungläubigen *(dhimmî)* wird indess nicht als zulässig erachtet (Baillie I p. 561). So auch die Malekiten; vgl. Syed Ameer Ali p. 395; Rumsey p. 223.

Der Zweck kann mehr oder minder spezialisirt sein; so kann insbesondere bestimmt werden, dass die Moskee einer bestimmten Sekte vorbehalten sein soll (Minhadj Attal. II p. 186).

Die Zwecke können successive sein; z. B. zunächst der Genuss der Kinder, eventuell die Armen. Hier tritt der zweite Grad der Interessenten erst ein, wenn der erste Grad völlig erschöpft ist; so wenigstens Schafii (Minhadj Attal. II p. 187). Die Armen gelten stets als subsidiär gerufen, für den Fall, dass die Klasse der Vorinteressenten erschöpft ist (Baillie I p. 566, Querry I p. 581).[563]

Eine Stiftung zu Gunsten der Armen gilt für die Armen, welche die Religion des Stifters bekennen (Querry I p. 579); dabei sind die Armen aus der Familie des Stifters besonders zu berücksichtigen (Syed Ameer Ali p. 307).

Wie viele solcher Armen heranzuziehen sind, bestimmt der Magistrat nach den Umständen des Falles.[564] Massgebend ist nicht die Armuth im Moment, wo die Früchte entstehen, sondern im Momente der Vertheilung.[565]

Der Zweck kann auch sehr allgemein bezeichnet werden, z. B. für mildthätige Werke, für gute Zwecke; hier haben die Administratoren der Stiftung freie Hand.[566]

Erlischt der Zweck, für welchen die Widmung stattfindet, so ist das Vermögen mit Autorisation des *kâdhî* zu irgend einem analogen Zwecke zu verwenden; so Abu Yusuf und Andere;[567] so auch die Schiiten;[568] so auch die Malekiten.[569]

Bei Erfüllung der Zwecke des *wakf* ist stets darauf Rücksicht zu nehmen, dass zunächst die Unterhaltungskosten ge-

563) Syed Ameer Ali p. 230. So auch die Malekiten, vgl. Syed Ameer Ali p. 405.

564) Syed Ameer Ali p. 226.

565) Syed Ameer Ali p. 307. 324.

566) So insbesondere die Schiiten, Syed Ameer Ali p. 372 f.

567) Syed Ameer Ali p. 231. 239. 338 f.

568) Syed Ameer Ali p. 372f.

569) Syed Ameer Ali p. 408; Sautayra et Cherbonneau II p. 396.

deckt werden, so dass die Sache in dem ursprünglichen Zustande verbleibt (Hidaya p. 236).[570]

Die Beifügung eines *dies ad quem* ist unstatthaft (Baillie I p. 565, Querry I p. 583);[571] ist der *dies* ausdrücklich als Endziel der Stiftungsqualität bezeichnet, so ist der ganze *wakf* nichtig; der pure *dies* dagegen wird gestrichen und der *wakf* aufrecht erhalten (Baillie I p. 565). Eine zeitliche Stiftung gestatten die Malekiten, Khalil (Perron V p. 45);[572] zweifelnd sind die Schafiiten (Firuzabadi p. 213).

Ebenso kann eine Stiftung nicht unter einer Bedingung erfolgen, es müsste denn eine *conditio in praesens* oder *praeteritum relata* sein, oder es müsste das Ganze den Charakter eines Gelübdes haben; in einem solchen Falle ist zwar das Gelübde noch kein *wakf*, die Versprechende hat aber einen *wakf* zu begründen (Baillie I p. 564 f.).[573]

§ 4.

Mit der Errichtung des *wakf* hört der Stifter auf, Eigenthümer zu se n,[574] ohne dass die Sache in das Eigenthum eines Anderen kommt (Hidaya p. 233), d. h. die Sache wird dem Zwecke verfangen, der Zweck selbst wird konstruktiv zum Eigenthümer hypostasirt, er wird zu der Sache in ein Verhältniss gesetzt, welches dem Verhältniss einer menschlichen Persönlichkeit zu der Eigenthumssache entsprechend ist: der Zweck wird zur juristischen Person.[575] Dieser Gedanke kommt

---

[570]) Syed Ameer Ali p. 226f. 276f.

[571]) Vgl. Tornauw S. 157, Syed Ameer Ali p. 206; Berg p. 127; Sautayra et Cherbonneau II p. 410. Dies beruht auf dem Gedanken, dass der Stiftungsgegenstand Gott gehöre und daher nicht mehr in menschlichen Verkehr zurückfallen könne.

[572]) Syed Ameer Ali p. 407: Sautayra et Cherbonneau II p. 392f.

[573]) Vgl. auch Syed Ameer Ali p. 204f.

[574]) Syed Ameer Ali p. 232f.: Sautayra et Cherbonneau II p. 393 f.

[575]) Daher kann der Stifter die Stiftung nicht mehr ändern; doch kann ein solches Aenderungsrecht vorbehalten werden, mindestens nach der Lehre der Hanefiten: vgl. Sautayra et Cherbonneau II p. 410f. Vgl. oben S. 135.

auch in der Form zum Ausdruck, dass die bewidmete Sache Gott angehöre (Firuzabadi p. 213, Minhadj Attalib. II p. 189);[576] so auch die Malekiten.[577]

Sehr wichtig ist der Satz, dass der Stifter sich selbst das Verwaltungs- oder das Oberaufsichtsrecht vorbehalten kann (Firuzabadi p. 214);[578] nach der bei den Hanefiten (insbesondere auch in Indien) herrschenden Ansicht des Abu Yusuf wird dieser Vorbehalt subintelligirt (Hidaya p. 238, Baillie I p. 601 f.; vgl. auch Firuzabadi p. 214). Jedoch kann der *kâdhî* den Stifter absetzen, wenn er nicht in vertrauenswürdiger Weise verwaltet (Baillie I p. 602); solches kann durch den Stiftungsbrief nicht ausgeschlossen werden. Bei Moskeen vertritt dieses Oberaufsichtsrecht unser Recht des Patronats.

Der Stifter kann einen Verwalter auf Lebenszeit oder auf beschränkte Zeit ernennen (Baillie I p. 602 f.). In Ermangelung einer solchen Ernennung wird der Administrator von dem *kâdhî* ernannt;[579] doch kann der Stifter bestimmen, dass der Verwalter aus einem gewissen Kreise, z. B. aus seiner Familie in erster Reihe genommen werden muss (Baillie I p. 603 f.); ja es soll überhaupt die Familie des Stifters bei Ernennung der Administatoren in erster Reihe berücksichtigt werden.[580] Uebrigens kann in der Stiftung dem Administrator vorbehalten werden, seinen eigenen Nachfolger zu ernennen.[581]

Auch nach den Schiiten kann der Stifter sich selbst die Verwaltung vorbehalten oder die Verwaltung an einen anderen übertragen (Querry I p. 578).

Der Verwalter der Stiftung muss volljährig[582] und gesunden Geistes sein; er kann Mann oder Weib sein (Baillie I

[576] Syed Ameer Ali p. 413.
[577] Syed Ameer Ali p. 407.
[578] Syed Ameer Ali p. 245 f.
[579] Syed Ameer Ali p. 254.
[580] Syed Ameer Ali p. 255 f.
[581] Syed Ameer Ali p. 257 f.
[582] Syed Ameer Ali p. 247. Ist ein Minderjähriger ernannt, so muss der *kâdhî* mindestens einen Vertreter aufstellen, welcher einstweilen die Geschäfte besorgt.

p. 601). Islamitische Religion ist keine nothwendige Voraussetzung.

Der Verwalter hat die Sache zu fruktifiziren, sei es direkt, sei es durch Miethe oder Pacht, doch soll die Miethe- oder Pachtdauer eine bestimmte Zeit (1 — 3 Jahre) nicht übersteigen.[583]) (Baillie I p. 606 f., Firuzabadi p. 215); er kann die Früchte veräussern; die Sache selbst kann er weder ganz noch theilweise veräussern, auch wenn eine bessere Anlage naheliegen würde (Baillie I p. 605 f.). Nöthigenfalls kann er mit Gestattung des *kâdhî* zu Lasten der Stiftung Geld aufnehmen (Baillie I p. 608).

Eine Veräusserung kann nur kraft Autorisation des *kâdhî* stattfinden, wenn die Stiftungssache zerfällt und keine Mittel zu ihrer Erhaltung vorhanden sind, oder wenn sonst die Veräusserung erforderlich ist, um Nutzen aus der Sache zu ziehen, vgl. Syed Ameer Ali p. 231 f., 239, 338; Grady p. 223 f. So auch die Malekiten[584]) und die Schiiten.[585])

Der Verwalter kann wegen Untreue oder Unfähigkeit durch den *kâdhî* entlassen werden (Baillie I p. 609).[586])

Kann der Verwalter einen Substituten ernennen? Die Frage wird bejaht.[587])

Zwei Verwalter müssen zusammenhandeln — in derselben Weise wie zwei Vormünder oder Testamentsvollstrecker.[588])

Der Verwalter erhält aus dem Einkommen der Stiftung eine Bezahlung, welche im Stiftungsbrief fixirt, eventuell von dem *kâdhî* festgesetzt wird; gewöhnlich soll dieselbe $^1/_{10}$ des Einkommens nicht übersteigen.[589])

---

[583]) Ausser mit Genehmigung des *kâdhi*, Syed Ameer Ali p. 264. 269 f. Doch wird hier auf den Ortsgebrauch Rücksicht genommen. Vgl. Grady p. 228. Ueber die Malekiten vgl. *ib.* S. 409.

[584]) Vgl. Syed Ameer Ali p. 407 f.: Sautayra et Cherbonneau II p. 396.

[585]) Tornauw S. 157.

[586]) Syed Ameer Ali p. 245; Grady p. 227.

[587]) Syed Ameer Ali p. 250. 258 f.

[588]) Grady p. 227.

[589]) Syed Ameer Ali p. 267.

Er haftet für jeden durch sein Verschulden herbeigeführten Schaden — dies jedenfalls dann, wenn er ein bezahlter *mutawâlî* ist.[590])

§ 5.

Ist die Stiftung zu Gunsten einer oder mehrerer bestimmten Personen erfolgt, so haben sie an der Sache ähnliche Rechte wie ein Usufruktuar,[591]) insbesondere was Früchte und was Thierjunge betrifft.[592]) Unbrauchbar gewordene Stücke sind zu verkaufen und der Preis ist stiftungsgemäss zu verwenden (Minhadj Attalib. II p. 189 f. — vgl. auch Hidaya p. 237). Der Träger der Stiftung ist auch berechtigt zur Verpachtung, jedoch regelmässig nur auf zwei oder drei Jahre; auf zehn Jahre darf er sie verpachten an seinen Nachfolger im Stiftungsgenuss; so die Malekiten.[593])

Wird die Stiftungssache verletzt, so kann der Berechtigte Entschädigung verlangen, — ob für sich oder zu Gunsten der Stiftung, ist streitig (Querry I p. 587). Mehrere Stiftungsberechtigte können die Sache zwar nicht zu Eigenthum, wohl aber zum Genuss theilen.[594])

Die Stiftung kann zu Gunsten einer Familie oder eines Stammes erfolgen, obgleich die Gültigkeit einer solchen Stiftung auch schon angezweifelt worden ist (Baillie I p. 586f. 591f., Querry I p. 581). Sehr häufig ist die Stiftung zu Gunsten der Deszendenten. Auf solche Weise versieht die Stiftung zugleich die Funktion des Familienfideikommisses. Die Bewidmung kann auf eine Generation, auf mehrere, auf alle Generationen gestellt sein; über Einzelnes vgl. Baillie I p. 577 f., Syed Ameer Ali p. 310f., Sautayra et Cherbonneau II p. 380f. Wichtig ist insbesondere, dass eine Stiftung zu Gun-

590) Syed Ameer Ali p. 268.

591) Man gestattet ihnen auch das Recht, selbst ohne des *kâdhî's* Genehmigung, einen Administrator zu ernennen. Syed Ameer Ali p. 274: Sautayra et Cherbonneau II p. 397.

592) Bezüglich der Sklavenkinder besteht die Frage, ob sie zu den Früchten zu rechnen sind; vgl. oben S. 79.

593) Sautayra et Cherbonneau II p. 397.

594) Syed Ameer Ali p. 321.

sten von drei Generationen als eine Stiftung zu Gunsten aller künftigen Generationen angesehen wird, während sonst nach Erschöpfung der betreffenden Generationen die Armen als stiftungsberechtigt eintreten.[595])

Im höchsten Grade interessant aber ist es, dass es nach Malik's Schule nicht gestattet ist, ein Fideikommiss mit Uebergehung der Töchter zu begründen, Khalil [Perron V p. 29]; vgl. Sautayra et Cherbonneau II p. 379f. So auch die in Algier befolgte Praxis. Doch wird diese Beschränkung nur für die erste Generation anerkannt, nicht auch für die folgenden; in Bezug auf diese ist der Stifter frei; vgl. auch Syed Ameer Ali p. 396f.; Sautayra et Cherbonneau II p. 379 f. Anders die Hanefiten, (Sautayra et Cherbonneau II p. 403).

Auch eine Stiftung zu Gunsten der Nachbarn ist statthaft (Baillie I p. 589f.);[596]) so auch bei den Schiiten (Querry I p. 580, Baillie II p. 216).

§ 6.

Eine Stiftung auf dem Todtbette ist nur insoweit gültig, als eine *dispositio mortis causa* es ist, also nur zu Gunsten der Nichterben und nur insoweit, als das verfügbare $^1/_3$ des Vermögens reicht, ansonst eine Reduktion erfolgt (Hidaya p. 233, Baillie I p. 612); so auch die Malekiten (Khalil [Perron V p. 34]);[597]) so auch die Schiiten (Querry I p. 576).[598]) Sollte die Stiftung die einer Moskee sein, so würde die Reduktion die ganze Stiftung aufheben, weil die Quote einer Sache nicht zur Moskee gewidmet sein kann (Baillie I p. 616 f.).

Den gleichen Grundsätzen unterliegt natürlich auch eine Stiftung *mortis causa* im eigentlichen Sinne, d. h. eine Stiftung,

---

[595]) Syed Ameer Ali p. 315. 319.

[596]) Syed Ameer Ali p. 333 f.

[597]) Vgl. auch Syed Ameer Ali p. 394; Sautayra et Cherbonneau II p. 376 f.

[598]) Hier ist auch ausdrücklich hervorgehoben, dass im Fall einer Mehrheit von Dispositionen die älteste vorgeht, so dass die Reduktion zuerst bei der spätesten erfolgt. Sind die Dispositionen gleichzeitig, so trifft die Reduktion alle *pro rata parte* (Baillie I p. 613).

welche erst nach dem Tode des Stifters Effekt haben soll. In diesem Falle aber hat die Stiftung die Natur eines Legates, darum ist zu ihrer Perfektion eine Uebergabe oder Besitzentsetzung nicht erforderlich.[599])

IX.

Prozessrecht.

§ 1.

Die Selbsthülfe ist noch in weitem Umfange gestattet; sie ist gestattet bezüglich der Geltendmachung dinglicher Rechte, sie ist auch gestattet bei obligatorischen Ansprüchen, sofern der Schuldner die Obligation zugesteht; oder sofern er sie leugnet, man aber nicht in der Lage ist, Beweise für ihre Existenz zu bringen, oder sofern es dem Gläubiger nicht möglich ist, den Richter anzurufen (Minhadj III p. 425 f., Querry II p. 431 f.). Handelt es sich um Gegenstände der Art, wie sie der *debitor* schuldet, so wird der Gläubiger durch die Ergreifung Eigenthümer; sonst erlangt er lediglich ein Pfandrecht, welches er durch Distraktion geltend macht (Minhadj III p. 425 f.)

§ 2.

Ein Richter muss frei, erwachsen, männlichen Geschlechts,[600]) Moslim[601]) und unbescholten sein (Hidaya p. 334, Querry II p. 385, Abu Chodja p. 57, Minhadj III p. 364).

Kein Urtheil zu Gunsten der Ehefrau, der Eltern, der Kinder des Richters ist gültig[602]) (Hidaya p. 344, Minhadj III p. 375 Khalil [Perron V p. 166]). Der *Kâdhî* darf keine Geschenke annehmen und keinen Handel treiben (Khalil [Perron V p. 143]).

Der *Kâdhî* kann, ja soll einen Rath Rechtsverständiger zuziehen[603]) (Khalil [Perron V p. 142). Er hat im Zweifel

[599]) Syed Ameer Ali p. 340.

[600]) Denn die Männer stehen über den Frauen (Koran IV 38). Vgl. auch Berg p. 207.

[601]) Doch lässt es Abu Hanifa zu, dass *dhimmis* über *dhimmis* urtheilen.

[602]) Vgl. Berg p. 213 f.

[603]) Aber dieselben bilden keine *jury*, auch kein Kollegium, denn die Gerichte sind keine Kollegialgerichte.

die Befugniss, für den Fall des Bedürfnisses einen Hülfsrichter zu ernennen (Minhadj III p. 365).

Er hat das Recht der Sitzungspolizei und kann jeden, welcher den Andern bei der Verhandlung beleidigt, sofort bestrafen (Khalil [Perron V p. 147]).

Ein *Kâdhî* hat das Urtheil eines anderen *Kâdhî* zu vollziehen, es müsste denn solches eine unzweifelhafte Gesetzesverletzung enthalten (Hidaya p. 342, Khalil [Perron V p. 167 f.]).

Hierbei genügt es aber nicht, die schriftliche Entscheidung vorzuweisen, sondern es muss durch Zeugen bestätigt werden, dass das Urtheil in der bezeichneten Weise erging: auf Urkundenbeweis hält der Islam wenig (Querry II p. 416 f., Abu Chodja p. 58, Firuzabadi p. 381 f.).

§ 3.

Die Partei kann einen Bevollmächtigten aufstellen.[604]) Abu Hanifa nahm an, dass hierzu die Beistimmung des Gegners erforderlich sei, weil es bei der Prozessführung sehr viel auf die Persönlichkeit ankomme. Nur wenn die Partei durch Krankheit oder Abwesenheit verhindert sei, verhalte es sich anders (Hidaya p. 377). Die zwei Schüler Abu Hanifas setzten sich darüber hinweg (Baillie I p. 737).[605])

Uebrigens kann im Nothfall auch ein *negotiorum gestor* zugelassen werden; doch ist die Frage bestritten (Khalil [Perron V p. 191]).

Ob die Vollmacht zur Prozessführung zugleich die Vollmacht zum Geständniss in sich schliesse, ist bestritten. Viele bejahen dies, und zwar Abu Yusuf in dem Mass, dass er eine Klausel, welche das Geständniss ausnimmt, für unzulässig erklärt: der Bevollmächtigte solle nur widersprechen, wenn er den Widerspruch für begründet erachte (Hidaya p. 394 f.) Schafii nimmt an, dass die Vollmacht nur eine Vollmacht zum Streiten sei und das Geständniss nicht mit umfasse. Manche unterscheiden zwischen Kläger und Beklagten, indem

[604]) Vgl. zum Folgenden Z. f. vgl. Rechtsw. VI S. 254 f.

[605]) Ein Advokatenstand hat sich jedoch im Islam nicht entwickelt.

der Beklagte in die Nothwendigkeit kommen könne, gestehen zu müssen, nicht der Kläger (Hidaya p. 394 f.).

Ist der Bevollmächtigte berechtigt, den Streitgegenstand in Empfang zu nehmen? Die Lehre der Hanefiten war dafür — in früherer Zeit; später fand man dies bedenklich (Hidaya p. 392 f.).

§ 4.

Die Klage ist mündlich zu erheben (Bailliel p. 737 f.).

Das islamitische Recht statuirt noch eine Einlassungspflicht, da ohne Anwesenheit des Beklagten kein Dekret erlassen werden soll; die Hanefiten mindestens erkennen kein Kontumazialverfahren an (Hidaya p. 342). Schweigt der Beklagte, so wird sein Schweigen als Verneinung gedeutet (Baillie I p. 738).

Nach der Lehre der Schafiiten ist ein Kontumazialverfahren möglich, wenn der Beklagte sich in beträchtlicher Entfernung befindet oder sich verborgen hält. Sonst kann der Richter den Beklagten mit Gewalt vorführen lassen (Minhadj III p. 389 f., Firuzabadi p. 381). Bei dem Kontumazialverfahren hat der Kläger den Beweis zu liefern, er hat auch zu schwören, dass er das Recht noch besitze (Minhadj III p. 382). Das Schweigen der Beklagten gilt nicht als Zugeständniss (Minhadj III p. 430).

Die Malekiten bestrafen den Beklagten, welcher nicht erscheint, oder nicht antwortet, mit Haft und körperlicher Züchtigung (Khalil [Perron V p. 162]). Uebrigens soll auch hier zur Steuer der Chikane der Kläger, sobald es sich um einen fernen Abwesenden handelt, vorher den Eid schwören, dass er noch der Träger seines Anspruchs sei und ihn an Niemanden übertragen habe (Khalil (Perron V p. 187]).

Nach Schiitischer Anschauung kann der Beklagte durch Haft oder körperliche Züchtigung zur Erklärung gezwungen werden; oder es kann dem Kläger der Eid auferlegt und der Beklagte auf diesen Eid hin verurtheilt werden (Querry II p. 404).

§ 5.

Ergeht eine *confessio in jure,* ein Anerkenntniss des An-

spruchs, so wird dem klägerischen Antrag entsprechend erkannt[606]) (Firuzabadî p. 378, Querry II p. 400 f., Khalil [Perron V p. 154]).

Leugnet der Beklagte, so hat der Kläger Beweis zu bringen, eventuell dem Beklagten den Eid zu deferiren.[607])

Schwört der Beklagte nicht, so hat der Kläger zu schwören (Querry II p. 402, 407 f., Khalil [Perron V p. 333], Abu Chodja p. 59, Firuzabadi p. 378, 395, Minhadj III p. 438). Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Kläger keine physische Person ist (Firuzabadi p. 395). In Strafsachen wird kein Eid zugeschoben, und keine Ausnahme hiervon ist es, wenn bei der Anklage des Diebstahls der Beschuldigte schwören soll (Tuhfa p. 102);[608]) denn die Eidesverweigerung hat keine Verurtheilung zur Strafe, sondern nur zur Restitution zur Folge, d. h. der Eid bezieht sich nicht auf die Straf- sondern nur auf die Civilsache.

---

[606]) Analog ist es im Strafprozess, wenn sich der Beklagte für schuldig erklärt. Im Fall der *zinâ* muss nach Hanefitischer Ansicht das Geständniss viermal in vier Verhören ausgesprochen werden, um gültig zu sein (Hidaya p. 177, Querry II p. 486); im Fall des Diebstahls zweimal (Querry II p. 519); in anderen Fällen einmal (Querry II p. 525). Anders die Schafiiten, nach welchen ein Geständniss genügt (Minhadj III p. 214). Ein ähnlicher Widerspruch besteht darin, dass nach Hanefitischer Anschauung das Geständniss der *zinâ* zurückgenommen werden kann, nach den Schafiiten nur mit Beschränkung (Hidaya p. 178), wogegen sie die Zurücknahme des Geständnisses bei Diebstahl zulassen (Minhadj III p. 214. 231). Wie die Hanefiten, so die Schiiten (Querry II p. 487). Dagegen gestatten sie nicht eine Zurücknahme des Geständnisses bei anderen Delikten (Querry II p. 487. 519 f.). Eine Rücknahme des Geständnisses bei *zinâ* gestatten auch die Malekiten (Vincent, Etude sur la loi Musulmane p. 100).

[607]) Der Kläger kann im letzteren Falle nur dann Zeugen nachschieben, wenn ein genügender Entschuldigungsgrund vorliegt, Khalil (Perron V p. 154 f.); freier sind die Schafiiten (Minhadj III p. 378); ja bei den Schafiiten gilt die Anschauung, dass, wenn der Kläger auf Grund des dem Beklagten deferirten Eides abgewiesen wird, die Abweisung lediglich als *absolutio ab instantia* gilt, so dass der Kläger immer noch einen neuen Prozess beginnen und hier Beweise bringen darf (Minhadj III p. 437); anders wenn der Kläger den zurückgeschobenen Eid verweigert, hier verliert er den Anspruch, nicht den blossen Prozess (Minhadj III p. 438 f.).

[608]) Vgl. Berg p. 224 f.

Der Eid ist regelmässig ein *juramentum in jure,* ein Eid über den Anspruch; der Beklagte schwört, dass der Kläger nicht Eigenthümer sei, dass dem Kläger nichts geschuldet werde u. a. Uebrigens kann nach Abu Yusuf der Eid bei Schuldklagen auch auf den Schuldgrund gestellt werden; nach anderen kommt es auf die Art der Vertheidigung des Beklagten an, je nachdem er allgemein das Schuldigsein leugne, oder die die Schuld erzeugende Thatsache in Abrede stelle (Baillie I p. 745 f.).

Den Erben oder Mandanten kann ein Eid nur über ihre Kenntniss aufgebürdet werden (Querry II p. 407, 409, Abu Chodja p. 59, Minhadj III p. 435).

Nach Abu Hanifa ist die Eideszuschiebung unzulässig in Personen-, Ehe- und Familienverhältnissen, weil dies Verhältnisse seien, über welche die Parteien nicht disponiren können (Hidaya p. 402 f.). Diese Ansicht ist aber nicht allgemein; vergl. dagegen auch die Schiiten (Querry II p. 430 f.).

Der Eid ist auf den Namen Gottes zu schwören; doch lassen einige auch den Eid dahin zu, dass im Falle der Unwahrheit die Ehe geschieden werden solle (Hidaya p. 405, Baillie I p. 745, Querry II p. 175, 405). Vgl. oben S. 56.

Der Richter soll den Delaten sommiren; leistet er den Eid nicht, so gilt dieser als verweigert.[609]) Regelmässig soll er ihn dreimal sommiren (Querry II p. 402).

Das Prozessmaterial kann zertheilt werden; behauptet der Beklagte das nachträgliche Erlöschen des Anspruchs, so gilt bezüglich des Beweises der Satz: *reus excipiendo fit actor*[610]) (Hidaya p. 346, Baillie I p. 760, Querry II p. 408, Minhadj III p. 429). Ebenso wenn der Beklagte der Vindikation die *exceptio pignoris* entgegenhält (Minhadj III p. 432). Anders ist es, wenn ein Depositum in Frage ist. Hier steht der Eid

[609]) Nach einer anderen Ansicht soll der Eid in solchem Falle als zurückgeschoben gelten.

[610]) Denn der Islam geht von dem Prinzip aus, dass ein einmal vorhandener Zustand als fortdauernd anzunehmen ist.

bei dem Beklagten, auch wenn er die Rückgabe des Depositums behauptet (Baillie I p. 753).[611])

Bei zweiseitigen Geschäften, wie bei dem Kauf, können beide Theile zum Beweise kommen; dann gilt der Beweis des Verkäufers bezüglich des Kaufpreises, und der des Käufers bezüglich des Kaufobjektes. Ist kein Beweis gegeben, so wird beiden Theilen der Eid aufgegeben, und wenn beide schwören, so wird wegen des unlöslichen Widerspruchs das Kaufgeschäft aufgelöst d. h. als nicht vorhanden betrachtet (Hidaya p. 407, Baillie I p. 747 f.).

Wie es sich bei Vindikationsstreitigkeiten verhält, wird sich sofort ergeben.

§ 6.

Die Vindikation verlangt genaue Bezeichnung des vindizirten Gegenstandes; womöglich ist derselbe, wenn er eine bewegliche Sache ist, vor Gericht zu bringen.[612]) Daher hat der Kläger, wenn der Beklagte die Sache besitzt, einen Exhibitionsanspruch. Bei Immobilien genügt die Bezeichnung der Grenze (Hidaya p. 400, Baillie I p. 741, Minhadj III p. 388 f.).

Weist der Beklagte nach, dass er die Sache für einen Andern besitze, so wehrt er dadurch die Reaktion des Vindikanten von sich ab — mit andern Worten die Verweisung auf den *possessor* gilt als peremtorischer Einwand von Seiten des Detentor.[613]) Doch besteht auch eine andere Meinung, und jedenfalls soll Sorge getragen werden, dass dieser Umstand nicht zum Schaden des Klägers gereicht, insbesondere nicht, dass der Besitzer sich die Sache tendenziös von einem Dritten einhändigen lässt, um der *actio* zu entgehen; viele glauben

---

[611]) Der Grund ist offensichtlich: es handelt sich um die Rechtfertigung des Beklagten gegen die Beschuldigung des ***furtum***, also um einen Unschuldseid.

[612]) Vgl. Berg p. 225.

[613]) Nicht dasselbe gilt von der Verweisung auf den ***auctor***, von welchem man die Sache erworben hat (Hidaya p. 414).

auch, dass der Beklagte, wenn er einen Besitz in drittem Namen behauptet, diesen Dritten, für welchen er besitzt, so bezeichnen muss, dass der Kläger in der Lage ist, die Klage gegen ihn zu richten (Hidaya p. 413f.; vgl. auch Querry II p. 437); und einer Diebstahlsklage kann der Beklagte natürlich nicht in dieser Weise entgehen (Hidaya p. 414 f.).

Offenbar ist dieses ganze Prinzip von der Ablehnung der Vindikation durch den Detentor ein Rest der ursprünglichen Anschauung, dass der Vindikation eine Kontravindikation entsprechen muss. Dieses erklärt uns auch den Satz, dass bei der Vindikation nicht nur der Kläger, sondern auch der Beklagte zum Beweise zugelassen wird. Beweisen beide den Erwerb aus Fruchtzeugung, so geht der Besitzer vor (Hidaya p. 418 f.). Beweist der Beklagte einen früheren Eigenthumserwerb, so geht der Beklagte vor, sofern nicht die Aussage des Klägers dahin geht, das Eigenthum vom Beklagten erworben zu haben; ebenso geht der Beklagte vor, wenn er beweist, vom Kläger erworben zu haben. Sonst gilt der Grundsatz, dass, wenn eine Vereinigung des Beweisergebnisses nicht möglich ist, der Beweis des Klägers vorgeht, weil der Kläger in erster Reihe beweisberechtigt ist (Hidaya p. 418f., Baillie I p. 755 f.). Die Schiiten ziehen in solchem Falle das Loos und lassen es auf den Eid dessen ankommen, welchen das Loos trifft (Querry II p. 435. 440f.). Nach den Schafiiten entscheidet der Eid dessen, welcher die Sache im Besitze hat (Firuzabadi p. 388. 390); doch herrscht hier keine Einstimmigkeit: manche wollen in einem solchen Falle die Sache zwischen beiden Parteien theilen oder das Loos entscheiden lassen (Firuzabadi p. 391).

Im Allgemeinen gilt der Grundsatz, dass die Parteien zum Beweise nur zugelassen werden, sofern die zu beweisende Thatsache nicht mit der sonstigen Behauptung der Partei im Widerspruch steht; denn es wird nicht zugelassen, dass dieselbe Partei Behauptungen aufstellt, welche sich widersprechen. Doch ist man in dieser Beziehung mehr oder minder strenge (Hidaya p. 346, Baillie I p. 750f.).

§ 7.

Der Hauptbeweis ist Zeugenbeweis, das Urkundenwesen spielt, wie bereits bemerkt, im Islam keine Rolle.[614])

Die Zeugenaussage steht noch in der Mitte zwischen unserer modernen Zeugenschaft und der Erklärung der Eideshelfers; denn der Zeuge hat nicht nur aus seiner sinnlichen Wahrnehmung Aussagen zu machen, sondern auch nach seiner eigenen gutgläubigen Schlussfolgerung. Der Zeuge sagt nicht, dass er eine bestimmte Sache in dem Besitze einer Person gesehen, sondern er sagt, dass eine Person Eigenthümerin ist, indem er die ihm bekannten Ueberzeugungsmomente zusammenfasst.[615]) Ebenso giebt er Aussage darüber, dass zwei Personen verheirathet sind, dass Jemand Richter ist u. s. w. Würde er in diesen Fällen bloss seine sinnliche Wahrnehmung kundgeben oder würde er auch nur seine Erklärung auf diese Wahrnehmung stützen, so wäre seine Zeugenaussage unwirksam (Baillie I p. 423 f.)

So kann der Zeuge auch *ex notorietate* Kundschaft geben über Geburt, Tod u. a. Auch hier soll das Zeugniss nicht darauf gehen, dass der Zeuge die Thatsache gehört habe, sondern, dass die Thatsache wahr sei. Uebrigens kann eine Thatsache als notorisch betrachtet werden, wenn man sie von zwei Männern oder von einem Manne und zwei Frauen gehört hat (Hidaya p. 357 f., Baillie I p. 428 f., Querry II p. 461; vgl. auch Khalil [Perron V p. 257 f.], Minhadj III p. 413, Firuzabadi p. 401 f.).

Entsprechend diesem Ausgangspunkte der Zeugenschaft müssen die Zeugen vollkommen zusammenstimmen, und wenn daher Jemand 1000 verlangt und von zwei Zeugen der eine 1000,

---

[614]) Vgl. Berg p. 218f.

[615]) Das islamitische Recht geht in zutreffender Weise von dem Standpunkte aus, dass das Eigenthum auch ohne Zurückgehen auf den Erwerbsgrund erwiesen werden kann. Nach Khalil (Perron V p. 311f.) scheint es allerdings, als würde das Zeugniss auf die speziellen Momente gerichtet, aus welchen das Eigenthum zu erschliessen sei. Offenbar haben wir es hier mit einer historischen Entwickelung zu thun.

[616]) Vgl. auch Kennedy p. 117.

der andere 500 bezeugt, so ist nichts bezeugt — doch ist auch eine freiere Anschauung vertreten (Hidaya p. 365 f.).[617] Aehnlich verhält sich die Sache im Strafprozess; behauptet der eine der Zeugen Ehebruch, der andere Nothzucht, so ist nach Anschauung Abu Hanifas und Schafiis die Aussage nichtig, während nach Ansicht der Hanifaschüler der Beweis des Ehebruchs gegen den Mann erbracht ist und nur der Beweis der Gewalt aussteht (Hidaya p. 189 f., Querry II p. 488).

Es besteht eine Zeugenpflicht, ausser wenn es sich um ein Delikt handelt, welches Leibesstrafe nach sich zieht — hier ist der Zeuge berechtigt, sein Zeugniss zu verweigern: man ist nicht verpflichtet, zur Bestrafung eines Anderen durch Zeugenaussagen witzuwirken (Baillie I p. 421, Hidaya p 353, auch 188; vgl. auch Khalil [Perron V p. 262 f.], Firuzabadi p. 398).[618] Wie es sich mit der Frage verhält, ob ein Zeuge sich des Zeugnisses halber an einen anderen Ort begeben muss, wird sich sofort ergeben.

Der Zeugenpflichtige, welcher sein Zeugniss verweigert, wird gestraft (Querry II p. 468).

Ein Zeuge muss (zur Zeit der Zeugenschaft) volljährig, geistesgesund und frei sein.[619] Gegen Moslim können nur Moslim zeugen, gegen *dhimmîs* auch *dhimmîs*.[620] Die Zeugen

[617]) Wenn beide Zeugen das Entstehen der Schuld von 1000 bezeugen, aber der eine behauptet, dass sie nachträglich (durch Zahlung u. s. w.) auf 500 verringert worden sei, so bestehen verschiedene Anschauungen. Die eine sagt, die 1000 seien bezeugt, dagegen die Zahlung (für welche nur ein Zeuge spricht) sei nicht bezeugt; andere sagen, es sei nichts bezeugt, da die Zeugen im Resultat sich widersprechen; andere endlich, es seien 500 bezeugt (Hidaya p. 366). Man sieht, wie hier die Zeugenaussage als Thatsachenaussage sich hervorringt aus der Eideshelferschaft, bei welcher es sich nicht um Thatsachen, sondern um den Rechtserfolg handelte.

[618]) Vgl. auch Kennedy p. 117.

[619]) Vgl. zum Folgenden Berg p. 221; Kennedy p. 119. Die Schiiten gestatten auch das Zeugniss des Sklaven, nur nicht zu Gunsten des eigenen Herrn; doch ist dies nicht unbestritten (Querry II p. 458 f.).

[620]) Anders Schafii, welcher den *dhimmîs* absolut ausschliessen will (Hidaya p. 362, Abu Chodja p. 59, Minhadj III p. 400. 405); ebenso die Malekiten, Khalil (Perron V p. 194). Auch die Schiiten neigen sich

müssen unbescholten sein.[621]) Gewöhnlich wird eine Mehrheit von Zeugen verlangt, und zwar meist so, dass entweder zwei Männer Zeugniss geben oder ein Mann und zwei Frauen. Handelt es sich um *zinâ* (Ehebruch und Stuprum), so sind vier männliche Zeugen erforderlich;[622]) handelt es sich um ein anderes benanntes Delikt,[623]) so bedarf es zweier männlicher Zeugen; in weiblichen Angelegenheiten, zu welchen keine Männer zugelassen werden, genügt das Zeugniss von Frauen, nach Abu Hanifa selbst von einer Frau (Hidaya p. 353 f., 361 f., 176 f., Baillie I p. 417 f., Querry II p. 103 f., 451 f., 525, Firuzabadi p. 400 f., Abu Chodja p. 59 f., Minhadj III p. 214, 232, 243, 407 f., Khalil [Perron V p. 236 f.], Vincent p. 95).[624])

Inwieweit der Richter der Redlichkeit der Zeugen nachforschen soll, darüber besteht keine Einstimmigkeit. Manche behaupten, dass der Richter nur im Falle der Anfechtung auf ihren Charakter eingehen soll, andere auch von Amtswegen.[625]) Eine bedenkliche Einrichtung ist das Institut der heimlichen Inquisition, indem der *kâdhî* durch Detektivs die Verhältnisse der Zeugen zu erkunden sucht, ohne dass hierüber den Par-

---

dieser Anschauung zu; doch nehmen sie an, dass subsidiär in Vermächtnissangelegenheit auch *dhimmîs* vernommen werden können, mindestens wenn der Erblasser in der Fremde gestorben ist (Querry II p. 452f. 621). Nach Schiitischer Ansicht ist auch der illegitim Geborene vom Zeugniss ausgeschlossen (Querry II p. 460).

[621]) Unzulässig sind auch Weintrinker, Sänger, Musikanten (Querry II p. 455, Minhadj III p. 400, Firuzabadi p. 398); Personen, welche wegen Verläumdung betraft sind, werden absolut ausgeschlossen (Hidaya p. 202. 360).

[622]) Vgl. Koran IV 19 (Palmer I p. 74); ***call witnesses four in number from among yourselves.*** Doch werden auch wohl drei Männer und zwei Frauen, ja zwei Männer und vier Frauen zugelassen, so bei den Schiiten (Querry II p. 465. 487 f.).

[623]) Im Gegensatz zu den arbiträr zu strafenden Delikten.

[624]) Vgl. auch Kennedy p. 118 f. Uebrigens kann im Fall der *zinâ* der Gegenbeweis durch vier weibliche Zeugen geführt werden, sofern sie bestätigen, dass die Frau noch Jungfrau ist (Minhadj III p. 214 f.).

[625]) Eine Erforschung der Glaubwürdigkeit von Amtswegen findet insbesondere statt, wenn es sich um *zinâ* handelt (Hidaya p. 176). Hier müssen auch die Zeugen besonders genau verhört werden (*ib.*).

teien oder Zeugen Mittheilung gemacht wird (Hidaya p. 355 f., Querry II p. 394 f.; vgl. auch Khalil [Perron V p. 159 f., 201 f.], Firuzabadi p. 379 f., Minhadj III p. 373).

Niemand kann Partei und Zeuge zugleich sein; sollte der Zeuge vor dem Urtheile die Partei beerben, so muss neuer Beweis geboten werden (Querry II p. 475). Der Vormund kann nicht Zeuge sein in Angelegenheiten der Pupillen (Querry II p. 622, Firuzabadi p. 399).

Unzulässig ist das Zeugniss zu Gunsten des Ehegatten, zu Gunsten der Aszendenten und Deszendenten und zu Gunsten des eigenen Sklaven [626] (Hidaya p. 360 f., Khalil [Perron V p. 197], Abu Chodja p. 58, Minhadj III p. 403); anders die Schiiten, welche überhaupt die Freundschaft nicht als Hinderungsgrund betrachten, wohl aber die Feindschaft und die eigene Betheiligung (Querry II p. 456 f.). Uebrigens lassen auch die Malekiten verwandte Personen unter der Bedingung zu, dass der Zeuge ein Mann von besonderer Glaubwürdigkeit ist (Khalil [Perron V p. 199]); verworfen wird auch bei ihnen das Zeugniss des Feindes (Khalil [Perron V p. 206]) — ebenso nach Abu Chodja p. 58 und Minhadj III p 404 f.

Solange das Urtheil noch nicht gefällt ist, kann der Zeuge sein Zeugniss zurücknehmen; die Revokation muss aber offen vor dem *kâdhî* geschehen (Hidaya p. 372 f., Querry II p. 475, Khalil [Perron V p. 277, Minhadj III p. 420, Firuzabadi p. 404).

Ein unvollständiger Zeugenbeweis kann durch den Erfüllungseid des Klägers ergänzt werden, jedoch nicht in allen Rechtssachen (Querry II p. 411 f., 465, 472, Khalil [Perron V p. 240, 265 f., Firuzabadi p. 400, Abu Chodja p. 59, Minhadj III p. 409). Sind es mehrere Kläger, so haben alle den Erfüllungseid zu leisten; ist die Sache theilbar, so leistet jeder den Eid für sich (Querry II p. 412 f.).

[626]) In Erbschaftssachen, und nach einigen auch in Sachen des Status und der Familie, wird das Zeugniss von Aszendenten und Deszendenten zugelassen. Schafii lässt überhaupt dass Zeugniss von Ehegatten zu, da sie in keiner Vermögensgemeinschaft stehen. Vgl. Berg p. 221.

Der Mangel einer Zeugenschaft zum ewigen Gedächtniss und der Mangel eines geregelten Requisitionssystems hat zu der Einrichtung der sekundären Zeugen geführt: Der direkte Zeuge giebt sein Zeugniss vor einer Privatperson ab, wie er sie vor dem Richter abgäbe, und diese Privatperson macht nun als sekundärer Zeuge seine Aussage vor Gericht in der Art, wie der erste Zeuge ihm das betreffende Zeugniss abgelegt hat. Zu dem sekundären Zeugniss schreitet man, wenn der erste Zeuge todt oder krank oder zu weit entfernt ist. Was die Entfernung betrifft, so rechnen die einen Juristen eine Distanz von 3 Tagen und 3 Nächten, während es nach anderen schon genügt, dass der Zeuge, welcher sich bei Morgengrauen auf den Weg macht, nicht mehr am nämlichen Tage zu Hause sein könnte (Baillie I p. 432, Hidaya p. 370 f., Querry II p. 470, Khalil [Perron V p. 273], Firuzabadi p. 402 f.).

Die Aussage der zwei primären Zeugen muss durch zwei sekundäre Zeugen bethätigt werden; manche Juristen (der Schafiitenschule) verlangen dabei vier sekundäre Zeugen, weil sie annehmen, dass für jeden der zwei primären Zeugen je zwei besondere sekundäre Zeugen aussagen müssten (Hidaya p. 370, Minhadj III p. 419, Firuzabadi p. 403). Doch ist dies nicht herrschende Meinung; auch bei den Malekiten genügen zwei sekundäre Zeugen, nur müssen diese beiden sekundären Zeugen die Aussagen eines jeden der primären Zeugen gehört haben (Khalil [Perron V p. 275 f.]). Ob als sekundäre Zeugen auch Frauen fungiren können, ist bestritten (Querry II p. 471).

Handelt es sich um *zinâ*, so ist das sekundäre Zeugniss nicht zulässig; nach Ansicht mancher auch nicht in sonstigen Straffällen (Hidaya p. 192, Querry II p. 468 f.).

§ 8.

Der Richterspruch schafft *res judicata*, ob er auf Beweis oder auf Eid ergehe.[627] Inwiefern wegen Meineides der Partei eine Restitution erlangt werden kann, ist bestritten (Querry

[627]) Bezüglich einer Sonderansicht vgl. oben Note 607.

II p. 402); doch ist dieselbe unzweifelhaft, wenn der Beklagte selbst seinen Meineid zugesteht (Querry II p. 402). Auch dann findet eine Restitution statt, wenn die falsche Aussage der Zeugen erwiesen ist, insbesondere wenn die Zeugen ihre Falschheit zugestehen; soweit die Restitution nicht faktisch durchgeführt werden kann, sind die Zeugen haftbar (Querry II p. 477). Ebenso kann das Urtheil nachträglich aufgehoben werden, wenn die Unfähigkeit der Zeugen oder ihre schlechte Qualifikation nachträglich erwiesen wird (Querry II p. 478 f., Firuzabadi p. 405).

Einen Instanzenzug hingegen kennt das Islamrecht nicht.[628])

Wenn ein Richterspruch eine Ehe als gültig erklärt, so ist sie gültig, und der Ehemann hat alle Rechte gegen die Frau; so Abu Hanifa. Andere zweifeln hier an der vollen Wirksamkeit der *res judicata*, da ja möglicherweise die Frau mit einem Dritten verheirathet sein kann und sich hieraus Kollisionen entwickeln (Baillie I p. 20; vgl. auch Khalil [Perron V p. 176]).

Auch im Uebrigen nimmt Abu Hanifa an, dass, wenn ein Urtheil etwas als ungesetzlich oder als gesetzlich feststellt, die Sache dabei ihr Bewenden hat (letzteres dann, wenn überhaupt möglicher Weise die Sache gesetzlich sein kann (Hidaya p. 342).

§ 9.

Das Urtheil wird durch Haft erzwungen;[629]) jedoch kann der Verurtheilte sein Zahlungsunvermögen nachweisen und sich aus der Haft befreien[630]) — indess wird ein solcher Beweis nicht angenommen, wenn aus dem ganzen Verhalten des Verurtheilten die Zahlungsfähigkeit zu entnehmen ist. Ein Kind kann den Vater nicht wegen einer Schuld verhaften lassen, es müsste sich denn um eine Unterhaltspflicht handeln und

[628]) Berg p. 207.

[629]) Nach Khalil [Perron V p. 136] auch durch Prügelstrafe. Durch Inhaftirung kann insbesondere auch der Ehemann gezwungen werden, der Ehefrau den Unterhalt zu leisten; vgl. Eherecht S. 47.

[630]) Kennedy p. 136f.

das Kind keine anderen Unterhaltsmittel besitzen (Hidaya p. 338 f.).[631]

Nach Abu Hanifa ist Haft des Schuldners das einzige Zwangsmittel; er gestattet dem Richter nicht, das Vermögen desselben direkt anzugreifen und zu verkaufen. Anders die zwei Schüler Abu Hanifa's; sie argumentiren in der Art: der Schuldner sei verpflichtet, sein Vermögen zu versilbern, um seine Gläubiger zu zahlen; thue er dies nicht, so könne es der *kâdhî* statt seiner thun (Hidaya p. 530 f.).

Dass der *kâdhî* das baare Geld des Schuldners wegnehmen und zur Zahlung verwenden könne, nahm auch Abu Hanifa an. Nach den Schülern sollte zuerst das Geld, dann die Hauseinrichtung, dann die Immobilien zur Distraktion kommen (Hidaya p. 531).[632]

In manchen Islamländern ist es üblich, dass der *debitor* die Schuld abarbeiten muss, zu welchem Zwecke ihn der *kâdhî* dem Gläubiger als Pfandling übergiebt.[633]

Ist der Schuldner insolvent, so kann — nach der Ansicht der Hanifaschüler — der *kâdhî* auf Verlangen der Gläubiger sein Vermögen mit Beschlag belegen; diese Beschlagnahme trifft aber nur das gegenwärtige, nicht das künftige Vermögen — so nach Hanefitischer Anschauung; die Schafiiten nehmen auch eine Verfangenheit des künftigen Vermögens an (Minhadj II p. 4). Die Beschlagnahme trifft das Vermögen nur in Bezug auf die Rechtsakte, nicht in Bezug auf die Delikte (Hidaya p. 531; Minhadj II p. 2).

Der Konkurs wird nicht von Amtswegen, sondern auf Antrag der Gläubiger oder des Schuldners erkannt (Minhadj II p. 2).

Dem Schuldner und seiner Familie ist aus der Gantmasse ein Unterhalt zu gewähren (Hidaya p. 531, Minhadj II p. 7); im Uebrigen werden die Vermögensstücke verkauft und der Er-

---

[631]) Vgl. Berg p. 211, Kennedy p. 136.

[632]) Kennedy p. 137.

[633]) Vgl. Berg p. 211. Dies scheint insbesondere im ostindischen Archipel üblich zu sein, wohl unter Einwirkung des heimischen Rechts.

lös vertheilt (Minhadj II p. 5).[634]) Dem Kridar bleibt nur das Nothdürftigste (Minhadj II p. 7).

Nach Erledigung des Konkurses können nach Abu Hanifa die Gläubiger den Kridar weiter verfolgen; die Schüler Abu Hanifa's aber gestehen dem Kridar ein *beneficium competentiae* zu: die Gläubiger müssen nachweisen, dass der Kridar wieder zu Vermögen gekommen ist (Hidaya p. 532); ebenso die Schafiiten (Minhadj II p. 8). Die Schiiten nehmen an, dass der Schuldner durch den Konkurs bezüglich des Ausfalles liberirt wird.[635])

Nach Schafii kann bei Ausbruch des Konkurses der unbezahlte Verkäufer das Kaufgeschäft auflösen (Hidaya p. 532f., Minhadj II p. 4 u. 9). Vorausgesetzt ist, dass die Sache noch unverändert bei dem Kridar vorhanden ist (Minhadj II p. 9).

Eine Art des *Dharna*sitzens scheint auch im islamitischen Rechte gebräuchlich zu sein; denn es wird von dem Eide gesprochen, welchen Jemand schwört, solange nicht von seinem Schuldner wegzugehen, bis er zahlt (Minhadj III p. 347).

§ 10.

Von einem Schiedsvertrage kann jede Partei vor dem Schiedsspruche zurückgehen (Firuzabadi p. 374, Minhadj III p. 367).

Der Richter ist an den Schiedsvertrag nicht gebunden, wenn er denselben für unrichtig erachtet.

Ein Sklave, ein Ungläubiger, ein Kind kann nicht Schiedsrichter sein, auch nicht eine wegen Verläumdung bestrafte Person.[636]) Ein Schiedsspruch zu Gunsten der Ehefrau, der Eltern oder Kinder ist nichtig (Hidaya p. 343f.).

Eine wahre Strafsache kann keinem Schiedsspruch unter-

---

[634]) Wie es sich verhält, wenn sich später Gläubiger melden, ist nicht ganz sicher. Die herrschende Meinung (mindestens der Schafiiten) geht dahin, dass der nachträgliche Gläubiger auf den Ueberschuss verwiesen ist; doch ist auch die Ansicht vertreten, dass die Theilung erneuert werden müsse (Minhadj II p. 6).

[635]) Vgl. Tornauw S. 164f.

[636]) Vgl. auch Berg p. 210; Kennedy p. 116.

worfen werden, auch wenn das Delikt (wie bei der Verläumdung) ein Antragsdelikt ist (Hidaya p. 204; Firuzabadi p. 374. Khalil [Perron V p. 135]). Ebensowenig eine Sache des Familienrechts [Khalil *ib.*]; doch ist dies bestritten (Firuzabadi p. 374, Minhadj III p. 366).

X.
Anhang.

Ueber Staats- und Völkerrecht der Islamiten soll hier nicht gehandelt werden;[637]) eine der Hauptquellen, Maverdi, bedarf noch einer neuen Uebersetzung. Nur einige höchst interessante bezügliche Vorschriften sind anhangsweise beizufügen; ob sie auch wirklich beobachtet werden, ist eine andere Frage – aber schon dass sie aufgestellt werden, ist bedeutsam.

Eine Revolutionsregierung wird bis zu ihrer Unterwerfung als staatliche Regierung anerkannt, so dass ihre Dekrete und Urtheile gelten — solche sind nur dann ungültig, wenn auch derartige Urtheile von Seiten einer legitimen Macht ungültig wären. Wohl aber sind die Rebellen verantwortlich für den Zerstörungsschaden, welchen sie den getreuen Unterthanen zufügen (Minhadj III p. 199).

Der Souverän soll die Rebellen erst dann bekriegen, wenn er ihre Beschwerden untersucht hat; sind diese begründet, so sind sie abzubestellen.

Flüchtige und gefangene Rebellen sollen nicht getödtet werden (Abu Chodja p. 51); im Kriege gegen sie sollen die schwereren Zerstörungsmittel nur im Falle der Noth angewendet werden, und ebenso soll man sich nur im Falle der Noth gegen sie der ihnen abgenommenen Pferde und Waffen bedienen; auch dürfen sie nicht mit Truppen bekriegt werden, welche aus Ungläubigen angeworben sind (Minhadj III p. 199 f.).

So die Schafiiten; andere Rechtsschulen, wie die der Hanefiten, sind strenger.

---

[637]) Vgl. darüber Berg p. 227f.

Rechtsvergleichende Studien.

B.

Ueber das Recht der Berbern.

---

§ 1.

Die Alten erzählen uns[1]) von einer grossen Reihe lybischer Stämme im Norden Afrikas, von Aegypten bis zu den Säulen des Herkules: von den Adyrmachiden, Nasamonern, Garamanten, Maxyern, Auseern u. a., und wir erfahren hier von Völkern in gruppenehelichen Verhältnissen. Bei den Machlyern und Auseern wurde jeweils von Zeit zu Zeit festgesetzt, welchem Vater ein Kind zuzuweisen sei; als Vater galt, wem die Kinder am meisten glichen.[2]) Bei den Gindanern trugen die Weiber lederne Bänder um die Knöchel, und jedesmal nach der Verbindung mit einem Manne wurde ein neues Band zugefügt. Bei den Nasamonern musste die Frau bei der Hochzeit allen Gästen beiwohnen, welche ihnen dafür ein Geschenk mitbrachten.[3]) Bei den Adyrmachiden hatte der König ein *jus primae noctis.*[4]) Ausserdem hören wir, dass die Nasamoner der Divination pflegten, indem sie sich auf die Gräber der Vorfahren legten und von ihnen im Traum Erleuchtung holten, — dass sie dem Ahnenkulte huldigten und bei den Ahnen schworen, indem sie die Hände auf das Grab legten, und dass sie Bünd-

---

[1]) Vgl. zum Folgenden Renan, *Revue des Deux Mondes*, 1. Septb. 1873 (43 *année*, II *pér.*, t. 107) p. 138 f., Duveyrier, *les Touareg du Nord* p. 317 f. 483 f., Hanoteau, *Essai de grammaire Kabyle* p. VIII f., Tissot, *Géographie comparée de la province Romaine d'Afrique* p. 385 f., Fournel, *les Berbers* I p. 32 f.; hier auch über Ibn Kaldun. Vgl. auch Schwarz, Algerien S. 346 f., Wahl, *l'Algérie* p. 47 f.

[2]) Herodot IV 180, vgl. auch Plinius, *Nat. hist.* V 1 f.

[3]) Herodot IV 172.

[4]) Herodot IV 168.

nisse dadurch besiegelten, dass jeder aus der Hand des anderen trank oder Staub ableckte.[5])

Es ist wohl kaum zweifelhaft, dass diese Lybier der Alten mit unsern Berbern identisch sind, also mit dem grossen Volksstamme, welche sich selbst Imohag oder Amazigen, Tamzigen, und welchen die Araber Tuareg nennen: Tuareg, d. h. die Gottvergessenen, weil sie sich so lange gegen den Islam sträubten; die alten Aegypter nennen sie Tamahu.[5a]) Manche Namen, wie die Maxyer des Herodot erinnern an ihre jetzige Bezeichnung; eine Reihe von Namen, welche die Alten erwähnen, gehören der Berbersprache an, und eine Reihe ethnischer Züge lassen sich von den Schriftstellern der Alten verfolgen bis in die neuesten Zeiten; und von ihrer Geschichte, insbesondere von den Sanhadjern erfahren wir näheres aus dem arabischen Historiker Ibn Kaldun.[6]) Wir haben daher das Glück, eine Bevölkerung nicht nur in ihrer momentanen Rechtsgestaltung, sondern in der Jahrhunderte langen Entwicklung ihres Rechts zu verfolgen, und wenn uns auch wenige Zwischenglieder gegeben sind, so sind wir doch über den Anfangs- und den Endpunkt der Entwicklung unterrichtet: so unterrichtet wie wir es verlangen können bezüglich jener Zeiten, in welchen Herodot oder Strabo unsere Gewährsmänner sind.

§ 2.

Sicher ist nun, dass auch bei einem grossen Theile der heutigen Berbern noch das Mutterrecht gilt und dass dieses bei andern Stämmen erst später in das Vaterrecht übergegangen ist. Die Stämme des Mutterrechts heissen Beni Ummia: die Kinder folgen dem Stamme der Mutter, die Kinder einer freien Frau sind frei, die Kinder einer Leibeigenen sind leibeigen: „der Mutterleib färbt das Kind.“[7]) Daher erbt auch, wo erb-

[5]) Herodot IV 172.

[5a]) Vgl. auch Barth, Reisen in Nord- und Zentralafrika V S. 587.

[6]) Vgl. denselben (übersetzt von Slane) I p. 206: *Depuis le Maghreb (el-Acsa) jusqu'à Tripolis ou pour mieux dire jusqu'à Alexandrie et depuis la Mer Romaine jusqu'au pays des Noirs toute cette région a été habitée par la race berbère.*

[7]) Duveyrier, *Touareg* p. 337. 393 f

liche Fürsten herrschen, der Thron auf den ältesten Sohn der ältesten Schwester;[8]) und auch die fideikommissarische Hinterlassenschaft ist ein uterine: von dem Erwerb wird derjenige ausgeschieden, welcher auf Herrschaft und Uebermacht über andere beruht: insbesondere, was von den Karawanen erhoben wird, was von den Leibeigenen; dieser Erwerb ist nämlich unveräusserliches fideikommissarisches Eigenthum eines einzigen Erben und dieser ist der älteste Sohn der ältesten Schwester.[9])

So wird denn auch von den Mozabiten ausdrücklich erzählt, dass bei ihnen die Frau nicht gekauft wird, sondern dem Bräutigam eine Mitgift mitbringt, und dass die Ehescheidung nur selten und nur mit Genehmigung der Geistlichkeit stattfindet.[10])

Dem entsprechen denn auch die etwas freien Verhältnisse, in welchen die Frauen der Sahara-Tuaregs leben. Die Frauen sind verhältnissmässig gut unterrichtet; sie sind es, welche den Kindern das Lesen und Schreiben lehren.[11]) Dem entspricht auch die Stellung der Frau: der Tuareg nimmt nur eine Frau, und diese Frau hat eine Reihe von Liebhabern, ohne dass hier nothwendig ein unsittliches Verhältniss vorliegt. Vielmehr ist bei den nördlichen Tuaregs diese Beziehung mehr ein kühner Cicisbeat.[12])

Bei manchen Stämmen aber finden sich noch weibliche Ausgelassenheiten in alter Weise; so insbesondere bei den Tibbus.[13])

Mit der oben erwähnten Ahnenverehrung scheint es zusammenzuhängen, dass die Tuaregs sich scheuen, den Namen des Vaters zu nennen.[13a])

---

8) Duveyrier, *l. c.* p. 269.

9) Duveyrier p. 396 f.

10) Schwarz, Algerien S. 358 f.

11) Duveyrier p. 420; Carthy, *Revue de l'Orient* 1856 III p. 141.

12) Duveyrier p. 429. 430.

13) Richardson, *Travels in the great desert of Sahara* II p. 138 f., Lyon, *Travels* p. 251.

13a) Barth V S. 118.

§ 3.

Die Zustände der Kabylen in den Jurjurabergen,[13b]) welche uns Hanoteau, Letourneux, Farine u. a. beschreiben, zeigen den energischen Uebergang zum Vaterrecht, und zwar den Uebergang durch das Mittel der Herrschaft über die Frau, und diese Herrschaft wird vermittelt durch den Frauenkauf. Die Frau wird als Waare gekauft: jetzt ist sie nur eine Waare im Hausvermögen des Mannes. Wie bei den Malaien, so lässt sich bei den Berbern der Uebergang zum Vaterrecht, und ein sehr brüsker Uebergang nachweisen. Die Frau wird also gekauft:[14]) der Frauenpreis heisst *thamamth*; der *thamamth* fällt nicht an die Frau wie der islamitische *mahr*, sondern an ihren Mundwalt, an den Vater, an den Bruder, an den Grossvater; nur ausnahmsweise an die Mutter oder gar an die Frau selbst.[15]) Für die Höhe der Summe bestimmt das Gewohnheitsrecht vielfach ein Maximum.[16]) Dieser ganzen Anschauung entspricht es, dass bei vielen Stämmen die Wittwe an die Erben des Mannes fällt, welche über sie weiter disponiren; doch gilt dies meist nur, wenn die Frau keine Kinder, oder doch keine Söhne hat; denn hat sie Söhne, so kann sie sich mindestens durch diese Söhne freikaufen lassen.[17]) Bei solchen Verhältnissen kann es uns nicht verwundern, dass die Frauen von der Erbschaft in das Vermögen der Männer ausgeschlossen

[13b]) Die Sprache der Kabylen verhält sich zu dem *temaschirht*, der Sprache der südwestlichen Tuaregs, etwa wie das italienische zum spanischen; Barth V S. 585 f. (Newmann).

[14]) Vgl. Hanoteau et Letourneux, *la Kabylie et les coutumes Kabyles* (Paris 1872); Leynadier et Clauset, *Histoire de l'Algérie franç.* (1846) p. 126; Gaffarel, *l'Algérie*; Wahl, *l'Algérie* (1882); Farine, *Kabyles et Kroumirs* (1882) p. 309; Sabatier im *Bulletin de la Société de Géographie de la province d'Oran* III p. 130 f.; Daumas, *Revue de l'Orient* 1858 VII p. 318. So auch bei den Krumir in Tunis; vgl. Farine p. 409.

[15]) Hanoteau et Letourneux II p. 154 f., Gaffarel, *l'Algérie* p. 276. 280.

[16]) Gaffarel p. 276.

[17]) Hanoteau et Letourneux II p. 151. 156 f. Auch bei den Krumirs in Tunis fällt die Frau in die Erbschaft, Farine p. 409.

[18]) Wahl, *l'Algérie* p. 193.

sind,[18]) und die kabylischen Dorfrechte sind in dieser Beziehung mit dem Islam in schwerem Kampfe; wie bei andern Völkern, sucht man auch hier das alte Recht durch Strafbestimmung festzuhalten: wer ein Erbrecht der Frauen in Antrag bringt, wird bestraft.[19]) Dies ist um so interessanter, als im übrigen das islamitische Intestaterbsystem durchgedrungen ist; so insbesondere was das Verhältniss der männlichen *farz*-Erben betrifft: der Vater ist *farz*-Erbe neben den Deszendenten, ebenso der Grossvater; die uterinen Brüder erben, mindestens in Ermangelung von Agnaten, und ihre Erbtheile sind, wie im islamitischen Recht $^1/_3$ oder $^1/_6$.[20]) Auch die Erbschaft der Frau fällt zuerst an die männliche Deszendenz, Aszendenz und Seitenverwandtschaft; der Ehemann erhält $^1/_4$ oder $^1/_2$; hier aber werden in Ermangelung dieser männlichen Verwandten die weiblichen Verwandten: Töchter, Mutter, Grossmutter, Seitenverwandte gerufen[21]) — wie man sieht, hat sich das kabylische Recht gegen die Frauenerbfolge mit grosser Hartnäckigkeit gesträubt. Und wo dieselbe durchzudringen droht, verschanzt man sich hinter einem Systeme fideikommissarischer Verfügungen, zu welchen der Islam selbst die Handhabe bot, hinter der Kreirung von *wakfs* oder *habus*; daher auch die Erscheinung: wo das Gewohnheitsrecht den Ausschluss der Frauen gesichert hat, wird von dem *wakf* wenig Gebrauch gemacht, mehr dagegen, wo die Frauenintestaterbfolge des Islam durchgedrungen ist. Allerdings suchte gerade hier die malekitische Lehre den agnatischen Bestrebungen ein Veto entgegenzusetzen und diesen Ausweg zu versperren, indem sie es nicht gestattete, bei Konstituirung von Fideikommissen Frauenspersonen zu umgehen;[22]) allein dieser Bestimmung sucht man wiederum dadurch Herr zu werden, dass man die Fideikommisse nach den Regeln des hanefitischen Ritus begründet, wornach es möglich ist, dass der Stifter das

[19]) Hanoteau et Letourneux II p. 286 f.

[20]) Hanoteau et Letourneux II S. 286 f.

[21]) Hanoteau et Letourneux II p. 296 f.

[22]) Vgl. oben S. 145.

Gut zu Lebzeiten im Besitz behält und die künftigen Anwärter nach Belieben bezeichnet.[23]

Im übrigen ist der Islam im wesentlichen durchgedrungen bezüglich des Testirrechts und bezüglich des Eherechts — insbesondere was die Ehehindernisse betrifft; nur das Prinzip der Milchverwandtschaft hat keine definitive Anerkennung gefunden. An einem Punkte musste aber wiederum der Islam definitiv scheitern: die Scheidungsrechte des Mannes, so ausgedehnt sie sind, genügten den Kabylen nicht. Die Frau soll durch die Scheidung nicht frei werden, vielmehr bleibt sie trotzdem unter der ehemännlichen Herrschaft; sie darf nicht etwa nach Belieben wieder heirathen, sie darf es nur, wenn der Ehemann sich dazu versteht, die eheherrliche Gewalt abkaufen zu lassen, und die Abkaufsumme kann er bereits bei der Scheidungserklärung bestimmen.[24] Die verstossene, aber doch dem Ehemanne angehörige Frau ist das höchste Stadium des männlichen Egoismus! Der Gedanke, dass der Mann die Frau gekauft hat und sie wieder verkaufen kann, dass er die Summe festsetzen darf, für welche sie einem anderen Manne zu haben ist, hat seine Wurzel in dem Prinzip, dass die Frau eine Waare ist.[25]

§ 4.

Die Tuaregs haben Leibeigene, *imrhâd*; dieselben bilden selbstständige Stämme und sind Vermögenseigenthümer, jedoch mit der Verpflichtung zur Leistung von Kameelen, Butter und anderen Dingen, und zur Heerdehut. Sie können nicht veräussert werden; sie folgen dem Mutterrecht — das Kind einer *imrhâd*-Frau gehört zu den *imrhâd*, ohne Rücksicht auf die Stellung seines Vaters.[26]

§ 5.

Von allen Seiten wird der ausserordentlich hülfsbereite Cha-

[23]) Vgl. Hanoteau et Letourneux II p. 340 f. 342 f. Vgl. damit oben S. 135. 142. 144 f.

[24]) Hanoteau et Letourneux II p. 159. 176 f., Wahl, *l'Algérie* p. 193, Daumas, *Revue de l'Orient* 1858 VII p. 320.

[25]) Vgl. auch noch Leynadier p. 127, Sabatier p. 133 f.

[26]) Duveyrier p. 334 f., Barth I S. 252. 256 f. V S. 578 f.

rakter der Berbern geschildert, von Ibn Kaldun bis auf Duveyrier,[27]) und diesem Charakter entspricht auch das Recht, soweit es sich auf die Menschenhülfe bezieht: Wie die Juden, die Aegypter, die Armenier, so statuiren auch die Berbern eine positive Pflicht, dem Nothleidenden beizustehen; es gilt dies von den Tuaregs, wie von den Kabylen. Es gilt bei den Tuaregs als selbstverständlich, dass, wenn ein Mitglied der Karawane stirbt, die übrigen seine Angelegenheiten und Geschäfte zu Ende zu führen haben.[28]) Und von den Kabylen erfahren wir, dass, wer seinen Landsmann in Noth sieht, ihn auf jede Weise zu unterstützen hat, er wäre sonst strafbar;[29]) wir wissen ferner, dass insbesondere der Reisende alle erforderliche Beihülfe erhält: er hat das Recht, sich Holz zu holen, sich Gras zu nehmen, um sein Thier zu nähren, insbesondere aber darf er von den Bäumen Früchte pflücken, und in den Dorfschaften müssen ihn die Bewohner aufnehmen und bewirthen.[30]) Und gerade das Verhältniss des Gastfreundes ist in einer Weise gestaltet, welches das höchste ethische und juristische Interesse darbietet.

Wer einen Gast aufnimmt, hat ihm vollen Frieden zu verbürgen, derselbe steht unter seinem Schutze; und damit dieser Schutz respektirt wird, wird der Fremde entweder von seinem Gastgeber begleitet oder er erhält einen Gegenstand als Abzeichen, welchen das Dorf als Eigenthum des Gastgebers kennt. Der Friede des Gastgebers heisst *anaya*, er ist eine geheiligte Institution: wer den Gast nicht mit allen Kräften, selbst mit seinem Leben schützt, ist ehrlos und strafbar.[31]) Besonders wichtig ist es, wenn die *anaya* einem solchen gewährt wird, welcher im Blute steht, gegen welchen die Blutrache geht; hier hat die *anaya* den Charakter des persönlichen Asyles: die Verletzung des

[27]) Ibn Kaldun, *Histoire des Berbères*, übersetzt von Slane I p. 199 f., Duveyrier, *Tuareg* p. 383.

[28]) Duveyrier *l. c.* p. 385.

[29]) Hanoteau et Letourneux II p. 59.

[30]) *Ib.* II p. 278 f., Daumas, *Revue de l'Orient* 1858 VII p. 317.

[31]) Hierüber und zum folgenden vgl. Féraud in *Recueil des notices et mém. de la Société archéol. de Constantine* XIII p. 307, Farine p. 169 f., Gaffarel, *Algérie* p. 273 f., Monglave, *Revue de l'Orient* 1857 V p. 67; namentlich aber Hanoteau et Letourneux II p. 61 f., III p. 77 f. 107 f.

Flüchtigen würde den Verletzer in Blutrache mit seinem Beschützer verwickeln. Und dies ist insbesondere von Bedeutung, weil die *anaya* häufig nicht Sache freien Beliebens ist: häufig kann der Flüchtige sich die *anaya* verschaffen, indem er in ein Haus flieht oder in höchster Noth die Hülfe eines Andern anruft. Die Unverletzlichkeit wird hier von einer relativen zu einer absoluten, das persönliche Schutzrecht zu einer allgemeinen Unverletzlichkeit: in diesen Fällen nämlich hat nicht nur eine bestimmte Person den Flüchtigen zu schirmen, in diesem Falle steht er unter dem Schirme des objektiven Rechts: die Blutrache muss weichen, sie würde zum objektiven Unrecht. So auch wenn der Thäter bei Frauen Schutz gesucht oder wenn die ganze Dorfgemeinde ihm die *anaya* gewährt hat. Das persönliche relative Asylvertheidigungsrecht wird zu einem objektiven, absoluten Asylrecht; hier wird nicht die Menschenhülfe gegen die Ausübung eines Rechts angerufen, hier ist es die Rechtsordnung selbst, welche den Flüchtigen schirmt, indem sie dem Blutrecht ein Halt entgegenruft und das Blutrecht zu einem Blutunrecht machen würde. Damit rückt diese Art der *anaya* ausserhalb unserer jetzigen Betrachtung; aber sie war kurz zu berühren, weil sie zeigt, wie relative Gastlichkeits- und Schutzverhältnisse zu objektiven Asylrechten werden.

So die Kabylen; ähnlich die Tuaregs: auch bei ihnen ist die Vertheidigung des Gastfreundes eine heilige Pflicht.[32])

Es dürfte nicht zweifelhaft sein, dass hier überall keine zivilistischen Beziehungen von Person zu Person, sondern publizistische Relationen gegen die Gesammtheit vorliegen: die Sanktion dieser Pflicht ist die öffentliche Strafe für die Pflichtverletzung: die öffentliche Strafe, welche getragen ist von der Idee der ethischen Pflichtverletzung — denn die ethische Pflicht hat man zur Rechtspflicht gestempelt.

§ 6.

Mit dem Islamrecht haben die Kabylen die *commenda,* den *kirad* gemein;[33]) nur dass sie sich über verschiedene ängst-

---

[32]) Duveyrier p. 383.

[33]) Hanoteau et Letourneux II p. 484 f.

liche Bestimmungen hinwegsetzen, welche im Islam die Furcht vor dem Wucher erzeugt hat. Dahin gehört die Bestimmung des malekitischen Rechts, dass das Kiradkapital nicht in einer Schuld des Geranten an den Kapitalisten bestehen kann:[34]) dies ist nach kabylischem Rechte gestattet; ebenso können dem Geranten bezüglich seiner Geschäftsführung Vorschriften gemacht, es kann auch in wichtigen Fällen die Autorisation des Kapitalisten vorbehalten werden — in welcher Beziehung die Islamjuristen verschiedenen Systemen huldigen.[35]) Der Antheil des Geranten beträgt im Zweifel nicht bloss $^1/_2$, sondern $^2/_3$; dafür hat aber der Gerant zur Hälfte für den Verlust des Kapitales einzustehen.[36]) Es sind dies die verschiedenen Varianten des *commenda*-Vertrages, wie sie auch in Ostasien verbreitet sind.[37])

Schon aus dem Obigen geht hervor, dass sich die Kabylen an die islamitischen Wuchergesetze nicht kehren; nicht nur ist fast überall das Zinsennehmen anstandslos gestattet: bei den meisten Stämmen findet sich nicht einmal eine Beschränkung des Zinsfusses.[38])

Daher ist es sehr begreiflich, dass die Kabylen sich auch über verschiedene beschränkende Bestimmungen bezüglich der Theilpachtverträge hinweggesetzt haben. Sehr schüchtern und unter vielem Widerspruch hat sich die Theilpacht bezüglich der Baumkultur, und die Theilpacht bezüglich des Landbaues (*musâkât* und *muzâra'a*) im Islam entwickelt; in verschiedener Richtung hat man Beschränkungen festgesetzt, weil man befürchtete, dass das Kapital die Arbeit wucherisch ausbeutete.[39]) Die Kabylen greifen hier frei ins Leben ein: die mannigfaltigsten Komplikationen bezüglich der Feldkultur sind gestattet;[40]) so

---

[34]) Vgl. meine *commenda* im islamitischen Recht S. 9.

[35]) Vgl. meine *commenda* S. 10 f.

[36]) Hanoteau et Letourneux II p. 485.

[37]) Vgl. meine Abhandlung über das Handels- und Seerecht von Celebes in Goldschmidts Zeitschr. XXXII S. 70.

[38]) Hanoteau et Letourneux II p. 493 f.

[39]) Vgl. meine *commenda* S. 17 f. und die dortigen Zitate.

[40]) Vgl. Gaffarel, *Algérie* p. 274.

dass der eine Theil nichts als die Arbeit liefert und dafür eine bestimmte Quote der Früchte erhält, z. B. $^1/_5$ oder $^1/_6$; oder so, dass der Eine das Land und einen Theil des Saatkornes, der Andere die Arbeitsthiere und einen Theil des Saatkornes liefert;[41]) in dieser Beziehung sind verschiedene Modifikationen möglich, und der Antheil an der Ernte richtet sich nach Massgabe des Beitrages. Ja, die Assoziation kann sich in der Art gestalten, dass der eine Theil nichts als das Saatkorn bietet und dafür doch $^1/_3$ der Ernte erhält!

Ebenso gilt bezüglich der Baumpacht freie Bewegung, insbesondere ist der von dem Islamrechte verpönte Vertrag, dass der Theilpächter Bäume zu pflanzen hat, wofür nach einer bestimmten Zeit Bäume und Boden gemeinsam sein sollen,[42]) statthaft.

§ 7.

Die Verfassung der Berbern ist eine sehr verschiedene. Die Tuaregs neigen zur aristokratischen oder monarchischen Verfassung: so standen die Stämme der Azdjer und Ahaggars lange Zeit unter der Herrschaft von *amanôkal's* (Sultanen), jetzt unter der Herrschaft von *amghâr's*; die Würde ist erblich.[43]) Neben dem Herrscher aber besteht eine Versammlung der Vornehmen, eine *mia'âd*, welche sowohl in Regierungs-, als in Gerichtsangelegenheiten ihre Entscheidung giebt.[44])

Bei den Kabylen ist die Verfassung durch und durch demokratisch.[45]) Die Stämme zerfallen in Dorfgemeinschaften, die Dorfschaften theilen sich wieder in *kharuba's*, in Familiengruppen. Die höchste Macht des Dorfes liegt in der Dorfversammlung, der *djemâa*, welche einigermaassen der *mia'âd* der Tuaregs entspricht. An der Spitze der Dorfversammlung

---

[41]) Vgl. hierüber und zum folgenden Hanoteau et Letourneux II p. 450 f. 444 f.

[42]) Vgl. meine *commenda* S. 17 Note 6.

[43]) Duveyrier, *Tuareg* p. 331. 347 f. Vgl. auch Barth I S. 382 f.

[44]) Duveyrier, *l. c.* p. 331 f. 441 f.

[45]) Vgl. zum Folgenden Gaffarel p. 271. 274 f., Farine p. 148. 149 f., Schwarz, Algerien S. 353 f., Wahl, *l'Algérie* p. 184 f., Leroy-Beaulieu, *l'Algérie et la Tunisie* (1887) p. 241, Monglave, *Revue de l'Orient* 1857 V p. 58 f.; namentlich aber Hanoteau et Letourneux II p. 1 f.

steht der Dorfvorsteher, der *amin*, welcher von der Dorfversammlung gewählt wird und ihr Exekutivorgan ist. In der *djemâa* liegt die oberste Entscheidung in Verwaltungs- und Justizsachen. Ausser der Familiengemeinschaft giebt es noch eine Art von Parteigenossenschaften, *çof*, deren Mitglieder einander in allen schwierigen Angelegenheiten des Lebens zu unterstützen haben. Die meisten Dörfer sind in zwei solche *çof* gespalten, was natürlich zugleich den Geist der Parteiung nährt; sehr häufig hängt der *çof* des einen Dorfes mit dem eines anderen zusammen, — was die Dorfverfassung kreuzt.

Bei den Mozabiten finden wir den Uebergang von einem System in das andere. Es gilt zwar hier die Dorfverfassung mit der *djemâa* und diese sendet ihre Delegirten zur Stammesversammlung. Das weltliche Recht ist aber in den wichtigsten Angelegenheiten zurückgedrängt durch das geistliche; was sich leicht daraus erklärt, dass die Mozabiten eine eigene islamitische Sekte bilden, wodurch das religiöse Element besonders gesteigert wird. Die Hauptregierung ist in Händen einer geistlichen Behörde, der Tolba, an deren Spitze der Schaik steht. Die Tolba kann Verbannung und Bastonnade verfügen.[46])

---

[46]) Schwarz, Algerien S. 356 f., Wahl, *l'Algérie* p. 189.

Rechtsvergleichende Studien.

C.

Ueber das chinesische Recht.

I.[1]

§ 1.

Die Bevölkerung theilt sich in Familien; etwa 10 Familien bilden ein *chia* unter einem *chia chang*; 10 *chia* bilden ein *pao* oder *li* unter einem *pao chang*. Die Häupter des *chia* und *pao* werden von den betheiligten Familien gewählt. Sie haben die Regierung nach allen Seiten hin zu unterstützen und namentlich für den Einzug der Steuern zu sorgen.[2] Darum haben sie auch darüber zu wachen, dass alle Familien und alle Familienglieder in die entsprechenden Rollen eingetragen werden (s. 75). Es werden nämlich genaue Steuerrollen geführt, und das Familienhaupt ist verpflichtet, die Familie und die Familienglieder anzumelden, bei Strafe des Bambus (s. 75); hierbei muss die Beschäftigung eines jeden angegeben werden, weil sich darnach die dem Staate geschuldeten Dienstleistungen richten (s. 76).

---

[1]) Ausführungen aus dem Gebiete des Chinesischen Rechts enthalten auch bereits meine Schrift über das chinesische Strafrecht (1886) und mein Aufsatz in der Z. für vgl. Rechtsw. VI S. 351 f. „Aus dem chinesischen Civilrecht."

[2]) Jamieson, in der *China Review* VIII p. 259 f. Wo im folgenden nach Sektion (s.) zitirt wird, ist die Sektion des chinesischen Strafgesetzbuchs, des *Tatsinglüli* gemeint, über welches ich in meinem chinesischen Strafrechte gehandelt habe (Uebersetzung von Staunton). Von den Ergänzungsbestimmungen desselben (*Li*) ist ein Theil von Jamieson in der *China Review* übersetzt, ein Theil von Lind in seiner Schrift *A chapter of the Chinese Code* (1887). Die Uebersetzung des grössten Theiles des *Li* steht noch aus. Wo, nach Anführung des *Li*, in der Klammer Zahlen gegeben werden, ist Band und Seite der *China Review*, d. h. der darin enthaltene Uebersetzung von Jamieson gemeint.

Von grosser Bedeutung für das Rechtsleben sind insbesondere die Bürgschaftsleistungen des *chia*: zu den verschiedensten Zwecken muss der Einzelne einen Schein vorlegen, in welchem das *chia* erklärt, für ihn einzustehen.[3])

Der Steuer halber wird die Bevölkerung in 3 Klassen, eine obere, mittlere und untere eingetheilt, wobei die Grösse des Grundbesitzes und die Stärke der Familie massgebend ist, s. 80.[4]) In Fällen des Misswachses oder sonstiger Ackerkalamität ist die Steuer zu erlassen, ja die Regierung hat sogar Saatkorn vorzustrecken.[5]) Die Heimathsgemeinde ist unterstützungspflichtig; es soll dafür gesorgt werden, dass die nöthigen Armen- und Krankenhäuser bestehen. In der Hauptstadt müssen, und zwar in jeder der 5 Abtheilungen, Zufluchtsorte für arme und kranke Wanderer unterhalten werden, *Li* zu s. 89 (VIII p. 362 f.).

§ 2.

Der Chinese erhält einen Namen bei der Geburt, einen andern bei der Heirath, einen andern, wenn er Mandarin wird, und einen andern nach seinem Tode.[6])

Inwieweit der Kindesmord bezw. Mädchenmord in China gebräuchlich ist, darüber besteht Streit. Gesetzlich erlaubt ist er nicht, Thatsache aber scheint es zu sein, dass er in manchen Gegenden in ziemlichem Maasse geübt wird.[7])

§ 3.

Wer in eine Priesterschaft eintritt, tritt aus der Familie aus;[8]) er verliert den Familiennamen. Er ist befreit von allen

---

[3]) Jamieson, *China Review* VIII p. 261.

[4]) Ist die Grundsteuer im Verzug, so tritt eine Steigerung ein, sogar bis zum Doppelten, wenn der Verzug ein ganzes Jahr beträgt, *China Review* XI p. 365.

[5]) Gray, *China* II p. 108. Vgl. hiermit Z. f. vgl. R. VI S. 355.

[6]) De Groot, *Fêtes annuellement célébrées à Emoui*, übersetzt von Chavannes, in den *Annales du Musée Guimet* II p. 458. Vgl. Z. f. vgl. R. VI S. 364.

[7]) Vgl. *China Review* II p. 55 f.; Piton, *l'infanticide en Chine* (Basel 1887); hier auch weitere Literatur.

[8]) Parker, *China Review* VIII p. 83, Jamieson *ib* VIII p. 357.

Staats- und Familienlasten; abgesehen von der Pflicht der Familientrauer und der Todtenopfer. Keiner soll in den geistlichen Stand treten, der über 16 Jahre alt ist und nicht mindestens 3 jüngere Brüder hat, durch welche für die Familie gesorgt ist, *Li* 1 zu s. 77 (VIII p. 357).

Ein Priester, welcher eines Verbrechens überwiesen ist, muss ausgestossen werden; er verliert die Priesterschaft und nimmt seinen früheren Namen wieder an, s. 14; *Li* 2 zu s. 77 (VIII p. 358).

Ein Priester über 40 Jahren darf einen Schüler haben; er soll nur einen haben, *Li* 4 zu s. 77 (VIII p. 358).

Die Ausnahmestellung des Priesters hat, wie bereits Z. f. vgl. R. VI S. 360 hervorgehoben wurde, zu der Bestimmung geführt, dass es einer Staatsgenehmigung bedarf, um sich dem geistigen Stande zu widmen, s. 77. Diese polizeiliche Ueberwachung des Staates kann um so weniger auffallen, wenn man bedenkt, dass bei der wenig prononzirten metaphysischen Richtung der Chinesen der geistliche Stand nie eine maassgebende Bedeutung erlangt hat[9]) — dies um so weniger, als der Hauptkult der Chinesen der Ahnenkult ist, und Ahnenpriester ist der Hausvater selbst.

Schauspieler, Possenreisser, deren Kinder und Enkel, gelten als anrüchig und sind von Ehrenstellen ausgeschlossen, *Li* 17 zu s. 76 (VIII p. 274). Ebenso die Deszendenten von Hebammen, die Deszendenten von Bettlern — bis in die 4. Generation, *Li* 26 zu s. 76 (VIII p. 276).

Ebenso sind die Ehrenstellen den Nachkommen derjenigen versagt, welche wegen staatsgefährlicher Verbrechen bestraft worden sind, und zwar während dreier Generationen; doch kann dieser Mangel durch hervorragendes Verdienst ausgeglichen werden, *Li* 24 zu s. 76 (VIII p. 276).

Mitglieder des Gelehrtenstandes sind von der Kopfsteuer frei, — nicht auch ihre Deszendenten, *Li* 3 zu s. 80 (VIII p. 359).

---

[9]) De Groot II p. 739. Dem chinesischen Wesen fehlen daher auch die Mysterien und mit ihnen die sensualistischen Ausartungen derselben, Orgien, Bacchanalien u. s. w., aber auch ihre Phantastik.

Minderjährige, Bejahrte, Wittwensöhne und solche, welche für Bejahrte über 70 Jahren zu sorgen haben, sind frei von Staatsleistungen, *Li* 4 und 5 zu s. 80 (VIII p. 360). Ueber solche nicht zu Staatsleistungen beizuziehende Personen ist eine Liste zu führen, *Li* zu s. 83 (VIII p. 360).

§ 4.

Ueber das milde Sklavenverhältniss und seine Geschichte ist bereits Z. f. vgl. R. VI S. 361 f. gehandelt worden.[10]) Die Milde des Verhältnisses wird auch durch folgendes charakterisirt: Der *dominus* hat bei Strafvermeidung dafür zu sorgen, dass die Sklavin einen Mann bekommt, *Li* 1 zu s. 117, (X p. 88).[11])

Der Sklave kann freigelassen werden und erhält dann eine Freilassungsurkunde; häufig kauft er sich frei, *Li* 3. 13. 14. zu s. 17 (VIII p. 270. 273 f.).[12]) Er nimmt dann wieder den früheren Namen an.[13])

Unter Umständen haben die Sklaven ein Recht, sich freizukaufen; ein solches Recht haben Sklaven von Mandschuvasallen, welche nach dem Jahre 1736 in einer ungestempelten Urkunde erworben sind,[14]) *Li* 2 u. 5 zu s. 76 (Jamieson, *Ch. R.* VIII p. 270. 271); durch schlechtes Betragen kann aber ein Sklave dieses Recht verlieren, *Li* 14 zu s. 76 (Jamieson, *Ch. R.* VIII p. 274); auch dann soll das Freikaufsrecht zessiren, wenn der Herr dem Sklaven ein Weib verschafft und ihnen eine separate Wohnung gegeben hat, *Li* 2 zu s. 76 (Jamieson, *Ch. R.* VIII p. 270).

Wird die Freilassung des Sklaven einer Wittwe oder eines

---

[10]) Dass es auch Ausnahmen giebt und Fälle von Grausamkeit vorkommen, wird dadurch nicht ausgeschlossen, Gray, *China* I p. 243 f.

[11]) Vgl. auch Gray, *China* I p. 184. Insbesondere werden solche Sklavinnen als Nebenfrauen verhandelt: oft giebt ihnen der *dominus* eine kleine Aussteuer mit, Gray I p. 214.

[12]) Vgl. auch Eitel in *China Review* X p. 284.

[13]) Parker, *China Review* VIII p. 97. Früher erhielten die Sklaven den Familiennamen ihres Herrn; jetzt ist dies ausser Uebung, Gray I p. 243.

[14]) Dadurch soll der Gebrauch gestempelter Urkunden obligat gemacht werden.

Minderjährigen erpresst, so ist dem Freilasser der doppelte Werth des Sklaven zu vergüten und der Sklave soll in eine Provinzialgarnison als Strafsklave wandern, *Li* 13 zu s. 76 (VIII p. 273 f.).

Die Liberten sind während 3 Generationen von allen öffentlichen Aemtern ausgeschlossen, und auch dann noch dürfen sie die höchsten Stellen nicht bekleiden, *Li* 5 zu s. 76 (VIII p. 271 f.). Vgl. auch noch *Li* 20 zu s. 76 (VIII p. 275).

Jemand, welcher zur Strafe für unfrei erklärt und einem Mandschuvasallen anvertraut ist, darf nicht freigelassen werden, auch ist regelmässig der Verkauf desselben unstatthaft, *Li* 10 zu s. 76 (VIII p. 272 f.).

II.

§ 1.

Der chinesische Ahnenkult[15]) reicht in die frühesten Zeiten hinab; er war von jeher eine Grundsäule der chinesischen Gesellschaft.[16]) In einem Gemache des Hauses, neben den Hausgöttern, stehen die Ahnentafeln, vor welchen die Verehrung dargebracht wird, am Anfang, in der Mitte des Monats und sonst an verschiedenen Terminen. Die Ahnentafeln waren ursprünglich Bilder, wie bei den Papuas und andern Stämmen; und sie waren von jeher nicht bloss Sinnbilder der Verstorbenen, sie waren die Träger der Geister der Verstorbenen. Noch heutzutage pflegt bei der Beerdigung ein Verwandter der Familie auf die Tafel Punkte zu malen mit den Worten: Ich male die Ohren, mögen sie gut hören, ich male die Augen, mögen sie gut sehen.[17]) Hierauf wird die Tafel auf den Sarg gelegt

---

[15]) Vgl. auch Zwehtkoff, häusliche Gebräuche der Chinesen (aus dem Buche *Wen-gun-zsia-li* ausgezogen), in den Arbeiten der Russischen Gesandtschaft in Peking (übersetzt von Abel und Mecklenburg) I S. 131 f.

[16]) Jamieson in *China Review* X p. 96. VIII p. 201. Vgl. auch Parker *ib.* VIII p. 86. Die Ehrfurcht vor den Ahnen ist der chinesische *hao*, dessen Schriftzeichen aus zwei Elementen zusammengesetzt ist: dem Zeichen des Greises, welcher sich auf einen Jüngling stützt.

[17]) De Groot, *Fête annuellement célébrées à Emoui*, übersetzt von Chavannes I p. 18, II p. 654 (in den *Annales du Musée Guimet*); vgl. auch Gray, *China* I p. 305.

und die Seele des Verstorbenen aufgefordert, einzuziehen. Hierauf wird das Grab geschlossen.[18]) Nach Beendigung des Leichenzugs wird die Tafel hundert Tage in einem Privatgemache aufbewahrt,[19]) nach hundert Tagen im Ahnensaal aufgestellt; dabei wird die Seele des Verstorbenen angesprochen: es ist Zeit, dass du mit der Tafel im Ahnenheiligthum deinen Platz nimmst. Alles dieses zeigt, wie der chinesische Ahnenkult ein Ausfluss animistischer Anschauungen ist, wornach die entwichene Seele oder mindestens eine der Seelen, welche man dem Menschen zuschreibt, nach dem Tode in ein Bild — oder in eine das Bild repräsentirende Tafel übergeht. Auch das Bild ist nicht das ursprünglichste: das ursprünglichste waren die Schädelknochen, welche die primitiven Stämme als Träger der Ahnenseele in ihrer Wohnung aufstellten.

Ausser den Hauskapellen bestehen noch förmliche Ahnentempel, welche aus gemeinsamen Mitteln mehrerer Familien errichtet zu werden pflegen; oftmals erbaut eine Familie den Tempel und giebt andern Familien gegen Entgelt das Recht, ihre Tafeln gleichfalls aufzustellen. Zu diesem Zwecke werden die Seelen der Verstorbenen durch eine Reihe von Zeremonien von den alten Ahnentafeln gelöst, diese verbrannt und neue Ahnentafeln gesetzt, in welche die Seelen der Verstorbenen durch eine Reihe von Zeremonien übertragen werden.[20]) Oder es werden die überschüssigen Ahnentafeln in einem besonderen Schrein verwahrt, oder auch bei den Grabstätten in die Erde vergraben.[21])

Bei der Verehrung der Ahnen spielt der älteste Sohn,

---

[18]) De Groot I p. 20. Man vgl. auch noch Gray, *China* I p. 217. Aehnlich ist die Schilderung nach der chinesischen Quelle bei Zwehtkoff I S. 204 f. Man bittet die Seele, sich von dem Körper zu lösen, sich auf der neuen Tafel niederzulassen und unzertrennlich mit ihr verbunden zu bleiben (S. 206).

[19]) Früher wurde die Tafel erst nach Schluss der dreijährigen Trauer im Ahnensaal aufgestellt. Die 100 Tage sind die 100 Tage des Wehklagens, welche durch ein bestimmtes Opfer abgeschlossen werden. Darüber ausführlich Zwehtkoff S. 209 f. 214 f.

[20]) De Groot II p. 549 f. 649 f.

[21]) Zwehtkoff S. 222.

bezw. der älteste Sohn des ältesten Sohnes die grösste Rolle: er ist der eigentliche Träger des Ahnenkultus: der Ahnenkultus richtet sich nach dem Gesetze der Primogenitur. Auf diesen ältesten Sohn gehen daher auch die Ahnentafeln über; und wenn der jüngere Sohn die Ahnen in seinem Hause haben will, so muss zu dem Abhülfmittel gegriffen werden, dass er eine generelle Tafel herstellt, auf welcher die Namen der Ahnen vereinigt sind. Auf diese Weise ist auch dann abzuhelfen, wenn die Tafeln eines Hauses zu zahlreich werden.[22])

Auch bei dem feierlichen Winteropfer, welches in den Ahnentempeln dargebracht wird, ist der älteste Sohn, und bezw. dessen ältester Sohn der Opferpriester; die übrigen agnatischen Familienglieder stehen, der Stufenfolge entsprechend, hinter ihm.[23])

§ 2.

Bezüglich des Verlöbnisses kann ich auf meine Darstellung, Z. f. vgl. R. VI S. 366 f. verweisen. In einem Punkte bedarf die Darstellung der Berichtigung. Heirathet die Braut in verlöbnisswidriger Weise einen Dritten, so kann der Bräutigam die Lösung der Ehe verlangen, und dies selbst dann, wenn sie bereits Kinder hat; er kann es verlangen, auch wenn der neue Ehegatte in gutem Glauben war; und nur darin besteht ein Unterschied, dass derselbe im letzteren Falle nicht bestraft wird und das *pretium puellae* zurückverlangen kann, während solches, wenn er *in mala fide* war, dem Staate verfällt. Wenn sich dagegen der Bräutigam verlöbnisswidrig weiter verheirathet hat, so lässt man diese Ehe bestehen, sofern die Verheirathete in gutem Glauben war, *Lü* s. 101 (Jamieson, *Ch. R.* X p. 78).[24])

Stirbt die Braut, so findet häufig eine nachträgliche Scheinehe, eine Ehe mit ihrem abgeschiedenen Geiste statt, wobei, an Stelle der Braut, die Tafel mit ihrem Namen im Brautzuge

---

[22]) De Groot I p. 20.

[23]) De Groot II p. 564. Ueber das Neujahrsahnenopfer vgl. *Tijdschrift voor Indische Taal-Land-en Volkenkunde* XXXII p. 20 f. Vgl. auch Zwehtkoff S. 234 f.

[24]) Vgl. auch die Entsch. *ib.* X p. 359.

gebracht wird.[25]) Wie es sich verhält, wenn der Bräutigam stirbt, wird alsbald (S. 190) ausgeführt werden.

Die Verlobung von Kindern vor der Geburt war einst in China üblich[26]), indem als Zeichen der Verlobung ein Stück Tuch gegeben wurde. Der *Li* zu s. 101 verpönt dieselbe (Jamieson, *Ch. R.* X p. 79). Bei den Hakkas ist die Verlobung in der Kindheit noch im Gebrauch.[27])

Es ist Sitte, die Töchter nach dem Alter zu verloben;[28]) eine gesetzliche Bestimmung scheint nicht zu bestehen. Dabei wird der seltsame Gebrauch gemeldet, dass, wenn der jüngere Bruder oder die jüngere Schwester zuerst heirathet, über der Thüre ein paar Kleidungsstücke aufgehängt werden.[29]) Dies scheint mit dem Gedanken einer Scheinehe der älteren Geschwister zusammenzuhängen, welche die Ehe der jüngeren Geschwister legalisiren soll, — wie solches auch bei anderen Völkern vorkommt.

Gelöst wird das Verlöbniss nach Maassgabe des in Z. f. vgl. R. VI S. 368 entwickelten. Dazu kommt aber noch folgendes: Die Braut wird ausserdem frei, wenn der Bräutigam sie fünf Jahre lang nicht zur Ehe nimmt oder wenn er verschollen ist; verschollen ist er nach chinesischem Rechte, wenn er sich entfernt und man drei Jahre lang von ihm keine Nachricht hat, *Li* zu s. 116 (Jamieson, *Ch. R.* X p. 87).[30]) Das Verlöbniss wird auch gelöst, wenn der Bräutigam Sklave wird, *Li* 2 zu s. 76 (Jamieson *Ch. R.* VIII p. 270); ferner kann jeder Theil zurücktreten, wenn der andere aussätzig oder geisteskrank wurde.[31])

---

[25]) Gray, *China* I p. 198. Findet ja doch auch, wenn Personen unverlobt gestorben sind, nachträglich eine Verlobung der Geister der Verstorbenen statt, wobei die Ahnentafel der Braut im Zuge geführt wird und Bilder beider Theile den Flammen übergeben werden, Gray I p. 217.

[26]) Zwehtkoff S. 143 f.

[27]) Gray, *China* I p. 189.

[28]) Gray I p. 190.

[29]) *China Review* I p. 272.

[30]) Vgl. auch Entsch. ebenda X p. 361 Vgl. auch über diese Verschollenheit Gray I p. 222.

[31]) Gray, *China* I p. 197.

§ 3.

Unter den zahlreichen Eheceremonien giebt es solche, welche die Lebensgemeinschaft auf das Sinnigste zum Ausdruck bringen. Beide Brautleute trinken aus zwei Bechern, welche mit einem rothen Faden verbunden sind; nachdem die Becher halb ausgetrunken sind, werden sie gewechselt und ganz geleert. Sodann essen sie von 2 Platten, welche darauf in gleicher Weise vertauscht werden. Die Platten enthalten rothe und weisse Mehlklöschen, von welchen die rothen das männliche, die weissen das weibliche Prinzip der Natur repräsentiren.[32])

An den Frauenraub erinnert noch das offizielle Wehklagen, welches einige Tage lang von Seiten der Braut und ihrer Umgebung der Eheschliessung vorhergeht.[33])

Früher holte der Bräutigam die Braut selbst ab;[34]) jetzt ist es üblich, dass er seine Sänfte schickt. Mit der Sänfte wird ein Brief getragen, worin die Braut eingeladen wird, zu kommen.[35]) Die Braut kommt tief verschleiert — mit einem Schleier von rother Seide; bei der Ankunft im Hause des Bräutigams, nachdem sie sich vor ihm verbeugt, entschleiert er sie — er sieht sie zum ersten Mal.[36])

Die frühere Sitte, dass die Frau nach der Ehe eine Zeit lang zu ihrer Familie zurückgeht, wurde bereits anderwärts erwähnt.[37]) In einigen Theilen Chinas soll sie noch bestehen, so in Gegenden der Provinz Kwangtong: die Vermählte kehrt noch für 3 Jahre zu ihren Eltern zurück; während dieser Zeit darf sie nur einigemal im Jahre den Ehemann besuchen.[38])

---

[32]) Vgl. Z. f. vgl. Rechtsw. VI S. 366, De Groot I p. 88 f. Doch sind die Gebräuche hier sehr verschieden. Vgl. auch Gray, *China* I p. 206 f. Vielfach wird der Wein von dem einen Becher in den anderen gegossen, Zwehtkoff S. 156.

[33]) Gray I p. 190.

[34]) Entweder in ihrem Hause, oder auf einer Zwischenstation, vgl. Zwehtkoff S. 153.

[35]) Gray I p. 201 f.

[36]) Gray I p. 204 f.

[37]) Zeitschr. f. vgl. R. VI S. 366.

[38]) Gray I p. 208.

Die Jungfernschaftsprobe des (befleckten) Tuches ist in Provinz Kwangtong in Uebung; die Braut, welche die Probe nicht besteht, wird ihren Eltern zurückgeschickt.[39]) Es kommt auch vor, dass der Ehemann die Jungfernschaft urkundlich bescheinigt.[40])

§ 4.

Das Ehehinderniss der Verwandtschaft[41]) scheint sich nach der Uebersetzung und Darstellung von Jamieson[42]) auf folgende Grundsätze zu basiren: Verboten ist die Ehe in der agnatischen Verwandtschaft. Was aber die uterine Verwandtschaft betrifft, so gelten einmal die Regeln der Trauerpflicht: wo Trauerpflicht, ist die Ehe ausgeschlossen; daher ist sie nach dem s. 108 auch ausgeschlossen zwischen uterinen Cousins, d. h. die Ehe ist unstatthaft mit der Tochter der väterlichen Tante, mit der Tochter des mütterlichen Onkels und der mütterlichen Tante; dieses Ehehinderniss ist nun durch *Li* 1 zu s. 108 gehoben (*Ch. R.* X p. 83). Sodann gilt bezüglich der uterinen Verwandtschaft der Satz, dass man zwar eine uterine Verwandte heirathen darf, aber nur wenn sie auf derselben Generationsstufe steht, nicht wenn eine Generationsstufe höher oder tiefer. Von diesem Gesichtspunkte aus, ist die Ehe unter uterinen Cousins gestattet; nicht gestattet dagegen ist die Ehe mit der mütterlichen Tante und dem mütterlichen Onkel, nicht gestattet die Ehe mit den Kindern des Onkels der Mutter, mit den Kindern der Tante der Mutter, mit den Kindern der Tante des Vaters — denn diese stehen auf derselben Generationsstufe wie Vater und Mutter, also eine Generationsstufe über demjenigen, welcher heirathen will; noch viel weniger ist die Ehe gestattet mit dem Onkel oder der Tante der Mutter — denn diese stehen noch eine Stufe höher. Ebensowenig ist die Ehe gestattet mit Kindern der Geschwister und mit Kindern der Cousins — denn diese stehen eine Generationsstufe tiefer.

---

39) Parker, *China Rev.* VIII p. 78. Vgl. auch Gray I p. 209 f.

40) Gray I p. 209.

41) Meine Darstellung, Z. f. vgl. R. VI S. 371 erschöpft die Materie nicht.

42) *China Rev.* X p. 82 f.

Nach diesem Prinzip wäre die Ehe unter den uterinen Geschwistern gestattet — diese ist aber speziell verboten. Verboten ist auch die Ehe mit der Stieftochter, mit der Schwester des Schwiegersohnes und der Schwiegertochter und mit der Schwester der Frau des Enkels (s. 108). Verboten ist auch die Ehe mit der Wittwe eines Agnaten; aber auch mit der Wittwe des mütterlichen Onkels, auch mit der Wittwe des Schwestersohnes.

Betrachten wir nun aber den Ausgangspunkt dieser Eheverbote, so ist es klar, dass hier zwei, oder vielmehr drei Prinzipien mit einander verbunden sind.

Das erste Prinzip ist das der agnatischen Exogamie; das zweite Prinzip ist das aus den Zeiten der Promiskuität stammende Prinzip der Gleichheit der Generationsstufen. Das dritte Prinzip ist das moderne Prinzip, welches einigen nahen Blutsverwandtschaften und Schwägerschaften ohne weiteres die Ehe verbietet.

Von Bedeutung für uns ist vor allem das zweite Prinzip: es bestätigt völlig das Vorhandensein ehemaliger Zustände, bei welchen zwei Stämme in der Art in einander hinein heiratheten, dass alle Männer der einen Generationsstufe aus dem einen Stamme alle Frauen derselben Generationsstufe aus dem anderen Stamme zur Ehe hatten; während eine Ehe in eine höhere oder niedere Generationsstufe verpönt war. Dieser Gedanke hat sich noch in der negativen Form erhalten: wo immer eine Familie in eine andere hinein heirathet, ist eine fernere Ehe mit dieser Familie nur in derselben Generationsstufe, nicht in einer höheren oder niederen statthaft. Und dass in uralten Zeiten promiskue Zustände geherrscht haben, in welchen man nur die Mutter, nicht den Vater kannte, wird aus chinesischen Quellen bestätigt.[43])

§ 5.

Auch das Institut der Ambilanakehe, d. h. einer Ehe, bei welcher der Schwiegersohn in die Familie der Schwiegereltern eintritt, ist im chinesischen Rechte vertreten. Die Ambilanak-

[43]) *China Rev.* X p. 78.

ehe bewirkt aber keine vollständige Sohnschaft: der Ehemann kann in der Familie seines Schwiegervaters die Ahnenopfer nicht vollziehen; für diese ist ein Adoptiverbe aus der Familie festzusetzen, und die Erbschaft ist sodann unter den Adoptivsohn und Schwiegersohn zu theilen,[44]) *Li* zu s. 101 (Jamieson *Ch. R.* X p. 79*i*); vgl. auch *Li* 3 zu s. 76 (VIII p. 195).

§ 6.

Dass die nochmalige Ehe der Wittwe als tadelnswerth gilt, ist bereits anderwärts bemerkt worden.[45]) In den höheren Klassen wird denn auch das Verbot meist durchgeführt, in niederen Ständen allerdings ist man weniger skrupulös;[46]) kommt doch unter den niederen Ständen in einigen Provinzen[47]) die von dem Rechtsbuche so streng verpönte[48]) Leviratsehe vor, um sich die üblichen Kosten der Ehe zu ersparen.[49])

In höheren Ständen dagegen gehört es sogar zum guten Ton, dass die Braut sich nicht mehr verheirathet, wenn der Bräutigam stirbt; manchmal kommt es vor, dass eine solche Braut sich zu den Eltern des Bräutigams begiebt, um hier für den Verstorbenen zu trauern und den Eltern zu dienen.[50]) Beispiele solcher Treue über das Grab hinaus finden in China die grösste Verehrung: man stiftet solchen Frauen Tempel und Triumphbogen.[51])

Auch der Selbstmord der Wittwe ist in China nicht unerhört; ja, er war früher ein häufiger, und auch solche Frauen erhielten ihre Triumphzeichen. Ein Gesetz des Kaisers Yungtsching aus dem Jahre 1729 aber reprobirte diesen Selbstmord und verbot, denselben durch Ehrenzeichen zu ermuthigen. Seither ist er selten geworden.

---

[44]) Wie es scheint, wird auch sonst der Schwiegersohn als Halbsohn bezeichnet, *China Review* XV p. 177.

[45]) Z. f. vgl. Rechtsw. VI S. 377. Vgl. auch Gray I p. 215.

[46]) In Kanton giebt es besondere Häuser, in welchen sich Wittwen aufhalten, die wieder heirathen wollen.

[47]) Kiangsi, Hupe, Setschuen.

[48]) Vgl. s. 109 (Chines. Strafrecht S. 39, Z. f. vgl. Rechtsw. VI S. 373).

[49]) *China Review* X p. 71.

[50]) De Groot II p. 557, Gray, *China* I p. 197.

[51]) De Groot II p. 556. 562, Gray I p. 197.

Die Frauenopfer sind auch in China ein Ausfluss des bei den verschiedensten Völkern herrschenden Suttismus, d. h. der Idee, dass dem Todten irgend welche Gegenstände oder Wesen dieser Erde mitgegeben werden sollen.

In der That ist es sicher, dass auch einst bei den Chinesen dem Todten Menschen nachgesandt wurden, welche ihm im Jenseits dienen sollten. Namentlich wird solches von dem Staat Tsin erzählt, jenem Staat des nördlichen China, welcher bekanntlich im dritten Jahrhundert vor Chr. das chinesische Reich wieder einigte; und als die Mandschu sich des chinesischen Reiches bemächtigten, begannen auch hier wieder Menschenopfer, und noch der grosse Kanghi musste sich ins Mittel legen, als bei dem Tode seiner Frau sich vier Frauen opfern wollten;[52]) — ebenso wie früher ein Kaiser der Mingdynastie.[53]) Und wo man nicht mehr wirkliche Menschen am Grabe opferte, da opferte man Menschenbilder aus Holz, Stroh oder Papier — ebenso wie man dem Todten Papierbilder von Kleidern, Möbeln, Wohnungen verbrennt.[54])

Heirathet die Wittwe, so tragen die Verwandten des Mannes für die Kinder Sorge;[55]) bei ihrem Tode trauern die Kinder nicht für sie.[56])

§ 7.

Die Couvade wird uns bekanntlich von Marco Polo aus der Provinz Yunnan berichtet. Aber auch sonst finden wir in China Aeusserungen dieses Rechtsgedankens. Ist die Frau in der Hoffnung, so darf der Mann im Hause keine zwei Teller über einander stellen, aus Furcht, dass das Kind doppelzüngig würde. Und während es sonst üblich ist, Streifen rothen Papieres als Glückwunschzettel zu kleben, namentlich an Neujahr,

---

[52]) De Groot II p. 643 f. 646.

[53]) *China Review* X p. 71.

[54]) Gray I p. 304, De Groot II p. 645. 647 f. Confucius hatte sich gegen Holzpuppen ausgesprochen, aber nicht gegen die Strohpuppen.

[55]) Parker, *China Rev.* VIII p. 87, Gray I p. 215 f.

[56]) Parker *ib.* VIII p. 95.

so darf ein Mann unter diesen Umständen solches nicht thun, weil das Kind sonst ein rothes Muttermal bekäme.[57])

§ 8.

Auch eine vitiöse Ehe erzeugt die Folgen der Ehe: sofern nämlich der Ehe kein frevelhafter Umgang vorhergegangen oder sofern die Ehe nicht durch eine Verkuppelung von Seiten der ersten Ehegatten eingeleitet worden ist, *Li* 4 zu s. 117 (Jamieson *Ch. R.* X p. 88).[58]) Insbesondere ist in solchem Falle die Ehefrau in gleicher Weise treupflichtig, wie bei einer gültigen Ehe. Mit dieser Bestimmung sind die meisten Impedimente zu blossen *impedimenta impedientia* geworden.

§ 9.

Das chinesische Erbrecht ist völlig auf das Adoptionsrecht gebaut;[59]) es bietet uns einen deutlichen Einblick in die Entwicklung des Testirrechts: das Testirrecht ist ursprünglich Adoptionsrecht; und zwar wird dasselbe nicht willkürl[illegible] geübt, sondern es ist Sache des Testatoradoptanten[illegible] Stelle der wirklichen Deszendenz eine künstliche zu schaffen; und die Art, wie die künstliche Deszendenz geschaffen wird, greift auf einen Rechtsgedanken zurück, welcher der Urzeit angehört. Ursprünglich sind alle Glieder eines Stammes, welche auf derselben Generationsstufe stehen, einander gleich:[60]) alle sind Brüder; und alle Stammesglieder, welche eine Generationsstufe niedriger stehen, sind Söhne; alle, welche eine Generationsstufe höher stehen, sind Väter. Denken wir uns also A, B. und C. als Urgrossväter, so sind alle Söhne derselben unter sich Brüder; aber auch alle Söhne dieser, also alle Enkel der Urgrossväter sind ebenfalls Brüder, alle Urenkel sind sich gleichfalls Brüder. Des weitern sind gegenüber diesen Urenkeln alle Enkel Väter, und umgekehrt gegenüber den Enkeln sind alle Urenkel Söhne

---

[57]) *China Review* XI p. 401.

[58]) Vgl. auch Entsch. ebenda X p. 362.

[59]) Vgl. hierüber insbesondere Jamieson in der *China Review* VIII p. 197 f. Vgl. auch Z. f. vgl. R. VI S. 385.

[60]) Z. f. vgl. R. VII S. 325 f.

— ohne Rücksicht auf den Unterschied der Linien, in welchen sie stehen.

Diese Anschauung uralter Zeit wird nun durch die Erkenntniss der organischen Familiengliederung durchbrochen; wo aber die so organisirte Familie nicht ausreicht, wird auf die alte Anschauung zurückgegriffen: fehlt es an wirklichen Deszendenten, so wird ein Familienglied herangezogen, welches zwar nicht Deszendent ist, welches aber nach der früheren Anschauung Deszendentenqualität an sich trägt. Man nimmt zunächst den Sohne des Bruders, dann den Sohn des Sohnes des Onkels, dann den Sohn des Enkels des Grossonkels, und so fort.[61])

Dieser Gedanke kommt auch in der chinesischen Sprache zum Ausdruck; der richtige Bruder trägt die gewöhnliche Bruderbezeichnung; der Sohn des Oheims heisst *Tang*-Bruder, der Enkel des Grossoheims *Tsai-tsung*-Bruder, der Urenkel des Grossgrossoheims ist der *Tsuch*-Bruder. Ebenso besteht neben . . Neffen der *Tang*-Neffe, der *Tsai-tsung*-Neffe, der *Tsuch*-Neffe neben dem Onkel der *Tang*-Onkel, der *Tsuch*-Onkel u. s. w.[62])

Der Rückgriff geschieht von Parentel zu Parentel: zuerst der mit dem Sohne gleichgradige aus der nächsten, dann der gleichgradige aus der andernächsten Parentel u. s. w. Daraus ergiebt sich: auch das chinesische Recht folgt der Parentelerbordnung.

Der Rückgriff geschieht nie auf eine Person der höheren Generationsstufe; der Satz *propres ne remontent* gilt von dem Vermögen überhaupt.[63]) Dagegen besteht die Frage, inwiefern ein Repräsentationsrecht gilt, ob also ein Rückgriff auch auf Personen einer tieferen Generationsstufe stattfindet. Dass in der Deszendentenfolge der Enkel an Stelle des Sohnes tritt,

[61]) *Li* 1 zu s. 78 (*Ch. R.* VIII p. 195). Ein Abgehen von dieser Ordnung der Deszendenzgrade wäre strafbar. Vgl. die Stelle bei Eitel, *China Review* XV p. 155.

[62]) Die Gesammtheit aller auf einen gemeinsamen *parens* zurückgehende Agnaten heisst *Tsung*. Vgl. Jamieson a. a. O. p. 197. 199 f.

[63]) So auch bei den Koreanern, Z. f. vgl. R. VI S. 403.

ist nicht zu bezweifeln;[64]) ob aber der Sohn des Neffen in Ermangelung des Neffen gewählt wird, ist fraglich: dem ursprünglichen chinesischen Recht scheint solches nicht zu entsprechen; doch wurde im Jahre 1764 zu Gunsten des Repräsentationssystems entschieden.

Die Erbfolge ist im Allgemeinen eine durchaus agnatische: nur Männer werden gerufen, und nur Männer, welche durch Männer verbunden sind: *femina finis familiae.*

Nur die Deszendentenerbfolge ist eine Intestaterbfolge: der nächstgerufene Agnat wird nicht von Gesetzes wegen zur Erbschaft gerufen; er wird nur gerufen durch Adoption: er ist der nächste an der Adoption; und auch diese Berufung zur Adoption ist keine unbedingte. Zunächst soll der einzige Sohn regelmässig nicht in Adoption weggegeben werden: sodann bleibt dem Adoptivvater immer eine gewisse Freiheit: er kann, wenn der nächst gerufene nicht qualifizirt ist oder wenn Dissidien mit dieser Seite der Familie bestehen,[65]) auch weiter greifen; auch steht ihm die Wahl unter mehreren Söhnen zu, obgleich auch hier usuelle Rücksichten beobachtet zu werden pflegen: der älteste Sohn des ältesten Bruders wird nicht in Adoption gegeben,[66]) denn er hat die Ahnenkulte fortzusetzen; wohl aber der zweite Sohn desselben. Dagegen wird der älteste Sohn des zweiten Bruders dem kinderlosen ersten Bruder in Adoption gegeben — er tritt ja dadurch in die Vorzugsstellung des Primogeniturerben ein.

Die Adoption steht dem kinderlosen Vater selbst zu, sie geschieht aber unter Mitwirkung der Agnaten: sie ist ein feierlicher Akt unter Betheiligung des Rathes der Familie. Stirbt der Kinderlose, ohne die Adoption vollzogen zu haben, so ist es Sache des Familienrathes, nach den bezeichneten Rücksichten einen Nachfolger zu küren. Auf diese Weise wird vorgesorgt, wenn der Testator den nöthigen Akt unterlassen hat — damit konnte das chinesische Recht der Intestaterbfolge ausserhalb der Deszendentenklasse entbehren.

---

[64]) Vgl. auch *China Review* V p. 405 f.

[65]) *Li* 6 zu s. 78 (*Ch. R.* VIII p. 196).

[66]) Parker, *China Review* VIII p. 80.

Ist gar kein entsprechender Verwandter vorhanden,[67]) so kommen die Kognaten an die Reihe,[68]) oder es wird ein fremder adoptirt, welcher aber womöglich den gleichen Namen trägt; eventuell erbt der Staat.[69])

Damit erklärt sich auch die Verschiedenheit des Erbanfalls: der Erbanfall in der Deszendentenlinie erfolgt *ipso jure*; Söhne müssen unter allen Umständen des Vaters Schulden bezahlen; dagegen braucht ein Nichtdeszendent die Berufung zum Adoptivkinde nicht anzunehmen — er kann die an ihn ergangene Delation ablehnen.

Die Adoption wird vor der Versammlung der Agnaten kundgegeben und in das Register der Familie eingetragen.[70]) Der Adoptivsohn muss vor den Ahnenbildern seine Verehrung darbringen.[71])

Der Adoptirte kann wegen schweren Missbetragens verstossen werden — ebenso aber auch ein leiblicher Sohn.[72]) Die Verstossung geschieht vor dem *judicium domesticum*.[73]) In diesem Falle kann der Adoptivvater einen neuen Adoptivsohn kreiren, *Li* 3 zu s. 78 (VIII p. 175).

An Stelle der Adoption tritt in Kanton, Futscheu und Hunan auch eine andere Institution, welche an die Tochterbeauftragung erinnert; nur dass nicht die Tochter beauftragt wird, sondern der Neffe: dieser nimmt neben seiner gewöhnlichen Frau eine zweite Frau oder Nebenfrau mit speziellem Haushalte,[74]) und die Kinder dieser Frau sollen als die Enkel

---

[67]) Aber nur wenn kein entsprechender Verwandter vorhanden ist, vgl. Entsch. bei Jamieson *Ch. R.* X p. 359.

[68]) Unter diesen wieder zuerst der Schwestersohn, dann der Enkel der Tante, Parker, *Ch. R.* VIII p. 89.

[69]) So erbt der Staat insbesondere auch die hinterlassenen Sklaven der Mandschuvasallen; hierbei wird dafür gesorgt, dass Jemand die Beerdigungsstätte des Todten unterhält, *Li* 9 zu s. 76 (VIII p. 272).

[70]) Parker, *China Rev.* VIII p. 90.

[71]) Jamieson *ib.* VIII p. 199.

[72]) Sonst ist die Adoption unlöslich; Z. f. vgl. R. VI S. 378.

[73]) Vgl. Jamieson in *China Rev.* VIII p. 4, X p. 359; auch Gray I p. 235 f.

[74]) Der Mann verweilt dann einen Monat im Haushalte der einen Frau, einen Monat im Haushalte der anderen; vgl. *China Review* XI p. 364.

des Oheims gelten.[75]) Bei ärmeren Familien, bei welchen der Neffe keine zwei Frauen erhalten kann, fungirt er als Sohn zweier Väter.[76])

§ 10.

Die letztwilligen Verordnungen sind erst in der Bildung begriffen. Denn die Verfügung, in welcher sich der Hausvater in Ermangelung eines leiblichen Deszendenten einen Adoptivdeszendenten kürt, ist wohl zu unterscheiden von der willkürlichen Verfügung über Vermögen und Vermögenstheile. Letztere ist entsprechend auch zunächst eine spezielle:[77]) eine universelle Vermächtnissverfügung ist erst Sache späterer Entwicklung.

Eine bestimmte Form für Vermächtnisse besteht nicht: sie haben fideikommissarischen Charakter; sie werden geschrieben, diktirt, mündlich erklärt, häufig unter Zuzug von Familiengliedern, insbesondere des ältesten Agnaten.[78]) Bei Kinderlosen kommt es vor, dass bedeutende Legate an Stiftungen gemacht werden, oft unter Aufstellung eines Fiduziars, welcher das Vermögen übermitteln soll.[79]) Ob diese Verfügungen nach strenger Auffassung zu Recht bestehen, auch wenn sie bestritten werden, ist zweifelhaft; jedenfalls werden sie meistens aufrecht erhalten durch die Pietät *erga mortuum*;[80]) vorausgesetzt, dass sie nicht schwere Unbilligkeiten enthalten und insbesondere nicht das eine Kind hinter dem andern zurücksetzen.[81])

Dass eine *divisio parentum inter liberos* statthaft ist, wurde

[75]) Parker, *China Rev.* VIII p. 78 f., sodann der Bericht in *China Rev.* XI p. 364. Die Kinder der einen Frau betrachten die andere Frau als Tante, ähnlich wie wenn sie die Frau des Bruders ihres Vaters wäre, *Ch. R.* XI p. 366. Sie haben daher in Bezug auf sie auch nicht die Trauerpflicht wie für eine Frau des Vaters. Jamieson in *Ch. R.* X p. 80.

[76]) *China Rev.* XI p. 364. Es ist ebenso, wie ja auch ein Adoptivsohn zugleich der Sohn des leiblichen und des Adoptivvaters sein kann, Z. f. vgl. R. VI S. 378.

[77]) Vgl. Parker, *China Review* VIII p. 92.

[78]) Eitel, in der *China Review* XV p. 150.

[79]) *China Review* IV p. 399 f. Parker *ib.* p. 83.

[80]) *China Review* IV p. 399 f.

[81]) *China Review* V p. 193, Eitel, *ib.* XV p. 150 f.

bereits anderwärts erwähnt.[82]) Diese *divisio parentum inter liberos* (*ichuh*) ist häufig, sowohl zu Lebzeiten, als für die Zeit des Todes des *parens*. Dabei pflegt der *parens* einen bestimmten Betrag zu reserviren: derselbe dient zu seinem Unterhalte, solange er lebt, und nach seinem Tode wird der Betrag zu einer Stiftung verwendet, deren Erträgnisse für die Bestreitung der Ahnenopfer dienen sollen: das Gut wird Ahnenvermögen.[83])

Anhang zu II.

A. Zum Eherecht der Japaner.

Die Kaufehe ist bei den Japanern in das donatorische Stadium übergegangen: der Bräutigam giebt seiner Braut und ihren Eltern gewisse, durch die Sitte hergebrachte Geschenke, wofür aber wiederum der Bräutigam und seine Eltern Geschenke zurückerhalten.[84])

Auch bei den Japanern ist die Eheform durch gemeinsames Bechertrinken in Uebung:[85]) dreimal werden drei Becher getrunken von der Braut, dreimal von dem Bräutigam, es ist die Zeremonie des *san san ku do*, die Zeremonie des drei mal drei. Sie wird vollzogen, nachdem die Braut in das Haus des Bräutigams eingezogen ist.[86]) Eine ähnliche Zeremonie findet im Hause der Braut statt zwischen dem Bräutigam und seinen Schwiegereltern; sie fand früher statt vor der Vermählung und war eine Vorbereitung, um zwischen dem Bräutigam und der Schwiegerfamilie ein Band zu knüpfen.[87])

---

[82]) Z. f. vgl. Rechtsw. VI S. 380. 386. Vgl. auch *China Review* IV p. 399 f., V p. 69.

[83]) Gray I p. 274 f. Dieses ist unveräusserlich, es darf seinem Zwecke nicht entfremdet werden: Z. f. vgl. R. VI S. 359. Vgl. auch *Li* 6 zu s. 93 (IX p. 345).

[84]) Küchler in den *Transactions of the Asiatic Society of Japan* XIII p. 120 f. 122. 123, Dixon *ib.* p. 16.

[85]) Vgl. auch Brauns, Japanisches Frauenleben, Gartenlaube 1886 S. 233.

[86]) Dixon in den *Transactions of the Asiat. Soc. of Japan* XIII p. 16, Küchler *ib.* p. 123 f.

[87]) Küchler a. a. O. p. 120 f.

Auch die Japaner kennen die Ambilanakehe: wo bloss Töchter sind, wird die eine mit der Wirkung verheirathet, dass der Schwiegersohn in das Haus und in das Geschlecht des Schwiegervaters übergeht; der Schwiegersohn ist jetzt *muko yoshi*, er ist adoptirter Schwiegersohn. Ein solcher Schwiegersohn ist nicht angesehen, gewöhnlich ist diese Stellung nur eine Versorgung für solche, welchen es sonst an Mitteln zum Heirathen fehlt.[88])

In Bezug auf die Ehescheidungsgründe stimmt das Japanische Recht mit dem Chinesischen überein:[89]) es sind die bekannten 7 Gründe, aus welchen der Ehemann die Frau verstossen kann und die bekannten 3 Gründe, welche, mit Ausnahme des Falles des Ehebruchs, das Ehescheidungsrecht überwiegen und aufheben; und auch das Lösungsrecht der Frau im Falle der Verschollenheit des Mannes kennt das Japanische Recht wie das Chinesische.[90])

B. Zum Familienrecht der Annamiten.

Den Ahnenkult haben die Anamiten mit den Chinesen gemeinsam; wie bei diesen, giebt es auch bei ihnen Ahnenaltäre in den Häusern, und daneben eigene Ahnentempel, in welchen eine grössere Familiengemeinschaft ihre Gedenkfeste feiert. Auch hier giebt das Recht des Aeltesten einen Vorzug in der Opferweihe. Die Gedenktafel der Ahnen trägt den Namen des Verstorbenen — völlig der chinesche Typus.[91])

Wie bei den Chinesen,[92]) so findet auch bei den Annamiten eine Mündigkeitserklärung statt, indem der Sohn vor dem Altar der Ahnen die männliche Mütze, die Tochter die Haarnadel erhält:[93]) ersterer im 20., letztere im 15. Jahre.

---

88) Küchler a. a. O. XIII p. 115 f.

89) Ueber das Chinesische Scheidungsrecht vgl. Z. f. vgl. Rechtsw. VI S. 375 f.

90) Küchler a. a. O. XIII p. 130 f.

91) Vgl. oben S. 183 f.: *Than-nguyen-hanh* im *Bulletin de la Société académ. Indo-Chinoise, Série* II, *tome* 2 (1882—83) p. 150.

92) Z. f. vgl. R. VI S. 364.

93) *Than-nguyen-hanh l. c.* p. 143 f.

Die Kinderverlobung ist noch nicht völlig verschwunden;[94]) ebenso finden sich noch Spuren des Erarbeitens der Frau: mitunter muss der Bräutigam längere Zeit, selbst mehrere Jahre, der Familie der Frau Dienste thun.[95]) Im übrigen ist der Frauenkauf in das donatorische Stadium übergegangen, indem der Bräutigam Geschenke giebt: die Eltern der Braut geben als Mitgift, was ihnen beliebt: grosse Aussteuern sind nicht üblich.[96])

Auch bei den Annamiten gilt, wie bei den Chinesen,[97]) der Satz, dass die Frau an den Ehren des Mannes, selbst an seinen Auszeichnungen und Abzeichen Theil nimmt.[98])

Und auch das findet sich bei den Annamiten wieder, dass eine keusche Wittwe öffentlich ausgezeichnet wird.[99])

III.

§ 1.

Ueber das dingliche Recht und seine Entwickelung in China kann im Allgemeinen auf die Ausführungen in Z. f. vgl. Rechtsw. VI S. 352 f. verwiesen werden.[100]) Hier ist verschiedenes weitere zu entwickeln.

Die jetzigen Verhältnisse des Bodenrechts datiren seit dem 8. Jahrh. n. Chr. Oftmals, nach Einführung des Privateigenthums, hat man versucht, durch agrarische Gesetze die alten wirthschaftlichen Zustände zu erneuern und der eingerissenen Latifundienwirthschaft entgegenzutreten:[101]) durch Beschränkung des zulässigen Landmaasses, durch Landzuweisung und durch Statuirung der Unveräusserlichkeit; so unter der Dynastie Wei, so unter den folgenden Dynastien, namentlich unter der Dy-

[94]) Vgl. oben S. 186; *Than-nguyen-hanh l. c.* p. 144.

[95]) Aymonier in den *Excursions et reconnaissances* X p. 261.

[96]) *Than-nguyen-hanh l. c.* p. 144 f.

[97]) Z. f. vgl. R. VI S. 374.

[98]) *Than-nguyen-hanh* p. 145.

[99]) *L. c.* p. 145; vgl. oben S. 190.

[100]) Vgl. auch Sacharoff, in den Arbeiten der K. Russ. Gesandtsch. in Peking (übers. v. Abel und Mecklenburg) I S. 3 f.

[101]) Z. f. vgl. R. VI S. 358.

nastie Thang; aber man überzeugte sich von der Resultatlosigkeit der Bestrebungen. Zugleich zeigte es sich, dass das alte Dogma von der ausschliesslichen Landarbeit sich nicht halten liess: Handel und Gewerbe hatten sich entwickelt. Freiheit der Gewerbe und Freizügigkeit wurde eingeführt — es war Ende des 8. Jahrhunderts; damit war der Boden für die neueren Rechtszustände geebnet.[102])

§ 2.

Unbebautes Land gehört dem Staat,[103]) wird aber, auf Antrag, solchen Personen zu Eigenthum verliehen, welche sich zur Bebauung verpflichten. Der Verleihung geht ein Ediktalaufruf an alle voraus, welche etwa auf das Land Ansprüche hätten.[104]) Neubruchland ist eine Reihe von Jahren (6—10 Jahre) frei von Grundsteuer, *Li* 10 zu s. 91 (IX p. 134).[105])

Hierher gehört auch der Alluvialboden; derselbe fällt nicht etwa von selbst dem anliegenden Grundeigenthümer zu, sondern er ist Staatsboden, welcher der Verleihung zugänglich ist. Allerdings steht hierbei der Grundnachbar in erster Reihe, aber nur sofern er durch Abspülungen Verluste erlitten hat: diese Verluste müssen seiner Zeit angezeigt und in die Register vermerkt werden. Hat er keinen Verlust erlitten, so ist der Alluvialboden solchen, welche Land verloren haben, zuzuweisen, und wenn der Boden nicht ausreicht, so gehen diejenigen vor, welche zuerst ihren Antrag eingereicht haben. Im Falle der Avulsion findet gleicherweise eine Ausgleichung statt *ex aequo et bono*, *Li* 25 zu s. 91 (IX p. 135 f.)

Unappropriirtes Land ist Staatsland; jedoch ist es in der

[102]) Sacharoff S. 15 f. 18 f.

[103]) Trotz der intensiven Bodenkultur giebt es immer noch unbebaute Strecken. So wurden in der Provinz Schansi über 1½ Millionen *acres* Weideland in den Ackerbodenkataster aufgenommen; *China Review* XIII p. 121. Auch in Setschuen wurden grosse Strecken neu kultivirt, Sacharoff S. 26 f.

[104]) Jamieson, *China Review* IX p. 134; Sacharoff S. 27 f.

[105]) Vgl. auch *China Review* VII p. 352. Oft noch länger, Gray II p. 106. Früher konnten Leute zur Neukultur genöthigt werden: dies ist nunmehr in *Li* 5 zu s. 93 (IX p. 345) untersagt.

Benutzung aller, was die wilden Produkte, insbesonders Bäume und Sträucher betrifft: jeder darf sich solche Erzeugnisse aneignen:[106] doch kann die Regierung einzelne Landstriche bannen und die Abholzung untersagen, *Li* 4 zu s. 95 (IX p. 344). Solche Verbote pflegen öffentlich angeschlagen zu werden.[107]

§ 3.

Das Land wird meistens von den Eigenthümern selbst bebaut;[108] zwar bestehen auch Pachtverhältnisse, doch bilden dieselben keinen Grundzug der dortigen Organisation des Grundbesitzes.[109] Wo Pachtverhältnisse bestehen, ist die Pacht meist Theilpacht. Bei Futscheufu erhält der *dominus* die Hälfte der Ernte und zahlt noch die Abgaben; bei Kanton bekommt er $^3/_8$.[110] Im Falle des Miteigenthums darf kein Miteigenthümer allein das Land in Pacht geben. *Li* 10 zu s. 93 (VIII p. 346).

Auf dem Land ruht Grundsteuer und Frohndlast zu Gunsten der Regierung,[111] letztere indess durch den Grundsatz gemildert, dass die Bevölkerung nur nach wahrem Bedarf herangezogen werden soll: wenn es gilt, der Regierung für Transporte u. a. dienlich zu sein.

Das kultivirte Grundeigenthum ist in ein Register eingetragen, vgl. s. 90. Ein Hauptregister wurde unter Kanghis Regierung aufgestellt.[112]

Das Register ist Beweismittel, es hat aber keine formale abschliessende Bedeutung, so dass das Eigenthum dadurch unwandelbar bestimmt würde; vgl. *Li* 8 zu s. 93 (IX p. 345).[113]

[106]) Die Folge ist, dass fast keine Waldungen mehr existiren, namentlich im Norden Chinas, wo der Bedarf von Feuermaterial besteht. Jamieson IX p. 344.

[107]) Vgl. Gray II. p. 112.

[108]) Gray II p. 108.

[109]) Jamieson, *Ch. R.* VIII p. 267 f.

[110]) *China Rev.* VII p. 283.

[111]) Jamieson in *Ch. R.* VIII p. 265 f.

[112]) *China Review* VIII p. 391.

[113]) Daher werden dem Käufer auch die alten Kaufurkunden mitübergeben; vgl. das Beispiel bei Jamieson IX p. 348 f.

§ 4.

Das Grundeigenthum ist regelmässig veräusserlich;[114]) die Veräusserung unterliegt einer Mutationsgebühr;[115]) sie soll in einer Urkunde, und zwar in einer Stempelurkunde erfolgen und vor dem Registerbeamten verlautbart werden,[116]) bei Strafe: wird ersteres unterlassen, so tritt Bambusstrafe ein und die Hälfte des Kaufpreises wird konfiszirt; letzterenfalls wird das Land selbst konfiszirt — der Bambus fehlt auch hier nicht, s. 95 (IX p. 346).

Der Registerbeamte bestätigt die Vorlage des Aktes und die Zahlung der Mutationsgebühr, auf der Veräusserungsurkunde, *Li* 8 zu s. 95 (IX p. 348 f. und das hier zitirte Beispiel).

Eine Veräusserung an Mandschuvasallenleute darf, solange sie im Dienste sind, nur mit obrigkeitlicher Erlaubniss erfolgen, und dem Käufer ist eine Frist zu setzen, nach deren Verlauf er das Land wieder zu veräussern hat — der sesshafte Ackerbau verträgt sich auf die Dauer nicht mit dem Soldatendienst, *Li* 2 zu s. 95 (IX p. 347).

§ 5.

Die Veräusserung fand dereinstens mit dem stillschweigenden Vorbehalte des Rückkaufes statt;[117]) mindestens bestand dieser Vorbehalt im Zweifel, abgesehen von gegentheiliger ausdrücklicher Verabredung; daher auch die Sitte, bei Weiterveräusserungen die Sache zuerst dem früheren Veräusserer anzubieten, vgl. *Li* 3 zu s. 95 (IX p. 347). Seit Kienlong ist dies anders. In *Li* 7 heisst es, dass Veräusserungen aus der Zeit vor dem 18. Jahre Kienlongs (1753) im Zweifel dem

---

[114]) Hierüber und über eine Ausnahme, vgl. Z. f. vgl. R. VI p. 359.

[115]) Die Mutationsgebühr ist 3%, oft auch höher: *China Review* VII p. 352, sogar 6%, vgl. Gray II p. 110.

[116]) Vgl. auch *China Review* IX p. 58.

[117]) Dieser Satz ist universell; sehr häufig behält der Veräusserer *de jure* das Recht der Auslösung: vgl. mein Recht in Afrika, Krit. Vierteljahresschrift N. F. XII S. 106.

Rückkaufe unterliegen, sie müsste denn bereits 30 Jahre bestanden haben; nach 30 Jahren nur, wenn der Rückkauf ausdrücklich bedungen sei. Hieraus ist ersichtlich, dass in diesem Jahre der Rechtszustand dahin geändert wurde, dass der Rückkauf nicht mehr stillschweigend inbegriffen ist, sondern ausdrücklich bedungen werden muss — das Recht früherer Zeit adaptirte man dem neuern durch Einschiebung der 30jährigen Erlöschungsfrist. Uebrigens ist es auch heutzutage noch üblich, in der Verkaufsurkunde zu erklären, dass man kein Rückkaufsrecht geltend machen werde.[118])

Aus dem Kauf mit Rückkauf hat sich das Nutzpfand entwickelt:[119]) das, was jetzt Nutzpfand ist, war ursprünglich ein derartiger, nicht absoluter Kauf. Heutzutage ist es solches nicht mehr: heutzutage besteht neben dem Verkauf auf Wiederverkauf das Nutzpfand; solches unterliegt der Mutationsgebühr nicht, *Li* 9 zu s. 95 (IX p. 349).

Ebenso bestand früher der Rechtssatz, dass das Grundeigenthum zuerst den Verwandten anzubieten sei, auch den Nachbarn. Denn in *Li* 3 zu s. 95 (IX p. 347) ist gesagt, dass der Käufer die Zahlung des Preises nicht unter dem Vorwande verweigern darf, dass die Sache vorher den Verwandten oder Nachbarn zu offeriren sei. Dies weist auf einen früheren entsprechenden Rechtszustand hin. Noch heutzutage finden sich in Kaufsurkunden die Klausel, dass der Verkauf aus Nothwendigkeit erfolgt, dass er mit Einwilligung der Familie geschehen, dass die Sache den Familiengliedern angeboten worden sei.[120])

---

[118]) Vgl. die Urkunde bei Gray II p. 110 (*with no intention to receive the same again — — — I further declare that should I ever become wealthy, I will not seek to recover the estate in question*).

[119]) Vgl. Z. f. vgl. R. VI S. 360 f. und jetzt auch Wilken, *Het pandrecht bij de volken van den Indischen archipel* p. 43 und die hier (Note 95) zitirte Stelle von *Van der Spek*.

[120]) Jamieson VIII p. 204, IX p. 348; die Urkunde bei Gray II p. 110 (*This step on my part is taken with the full consent of all the members of my family or clan to each of whom the estate was in the first instance offered*).

§ 6.

Auch Lehensverhältnisse bestehen.[121]) Als sich die Mandschu des Chinesischen Reiches bemässigten, wurde eine Menge von Grundeigen an die Offiziere und Soldaten, namentlich auch an die Prinzen des Hauses ausgetheilt:[122]) der zugewiesene Boden ist frei von Steuer, er ist unveräusserliches Besitzthum der betreffenden Familie; dafür sind sie aber zu Kriegsdiensten verpflichtet, sobald sie dazu aufgerufen werden — die treffende Charakteristik des Lehenswesens. Die Veräusserung solchen Landes unterliegt strenger Strafe, *Li* 2 zu s. 93 (IX p. 344): die Hälfte des Kaufpreises verfällt dem Staate, *Li* 11 zu s. 95 (IX p. 349); ebenso ist die Verpfändung verpönt, *Li* 5 zu s. 95 (IX p. 348).[123]) Dagegen ist es gestattet, das Land in Pacht zu geben, aber nur jahrweise, *Li* 5 cit.

Wer den Dienst aufgiebt und Privatmann wird, verliert das Lehensrecht.[124]) Stirbt der Vasall ohne Verwandte, so fällt ein Theil des Landes dem Truppentheil anheim.[125])

Davon verschieden sind die Halblehen, bei welchen die Familie nur zu gewissen Diensten, insbesondere zur Burghut verpflichtet ist — aber auch eine (kleinere) Grundsteuer entrichtet.

Die Lehen fallen nur an die leiblichen Erben, nicht an die Adoptivkinder; es ist bei strenger Strafe verboten, Adoptivkinder in den Genuss der Lehen einzuführen, *Li* 7 zu s. 78 (VIII p. 196).

Die Mandschuvasallen lassen, wie es scheint, einen Theil ihres Landes durch Kolonen bebauen, *glebae adscripti*, vgl. *Li* 3 zu s. 76 (VIII p. 270 f.).

[121]) Schon frühere Dynastien hatten ein System von Militärkolonien, so Tang, Yuen, Ming; die Mandschudynastie hat die Verhältnisse neu geordnet; vgl. Sacharoff S. 36 f.

[122]) Jamieson, *China Rev.* VIII p. 264 f.; Sacharoff S. 31.

[123]) Früher wurde vielfach das Land veräussert und verpfändet, wodurch die Militärs in grosse Noth geriethen; die Regierung kaufte das Land zurück und überliess dem ehemaligen Besitzer den Rückkauf, Sacharoff S. 32 f.

[124]) Jamieson IX p. 347, Sacharoff S. 34. Vgl. auch *Li* 11 zu s. 76 (VIII p. 273).

[125]) Sacharoff S. 31.

§ 7.

Privatwegegerechtigkeiten giebt es in China nicht: entweder besteht ein öffentlicher Weg, oder wenn solcher nicht besteht, ist es ohne Beschränkung gestattet, über fremdes Grundeigen zu gehen.[126])

Die Hotels haben ihre Namen und Schilder.[127])

IV.

§ 1.

Es giebt Bankiers und Bankiersgeschäfte: namentlich Depositengeschäft, Lombard und Diskont von Wechseln; denn auch Wechsel sind im Gebrauch: Wechsel auf Sicht, nach Sicht und nach Dato.[128]) Die Bankiers gleichen ihre Konti aus, in der Art eines *clearing house*. Vgl. Simon, *Northern China Branch of the Asiatic Society*, Neue Serie, VI p. 64 f.

§ 2.

Makler sind in China sehr in Uebung, bei Verkäufen und namentlich bei der Eheschliessung, Parker, *China Rev.* VIII p. 76f., Gray, *China* I p. 189.[129]) Der Dienst der Ehemakler ist so gewöhnlich, dass derselbe als Symptom einer rechtmässigen Ehe gilt.

Die Handelsmäkler erhalten eine staatliche Lizenz; sie vereinigen sich zu Genossenschaften (*hong*), und die Genossenschafter haften für einander gegenseitig.[130]) Die Handels- und Schiffsmäkler haben Register zu führen, in welchen die Kaufleute und Schiffskapitäne eingetragen werden; monatweise sind diese Register dem Magistrate vorzulegen; das Register soll auch die Angabe der Waarenmenge und der Waarenzeichen enthalten.[131])

---

[126]) *China Review* VIII p. 184 f.

[127]) Gray II p. 66.

[128]) Montgomery Martin, *China* (1847) I p. 172.

[129]) Auch in Japan ist die Zuziehung eines Ehemaklers durchaus üblich: ein solcher heisst ***nakodo***; vgl. Küchler in den *Transact. of the Asiat. Soc. of Japan* XIII p. 117 f.

[130]) Kommentar zu s. 152 (Lind p. 29).

[131]) Vgl. s. 152 (Lind p. 31 f.).

Der Seefrachtvertrag soll nach einer Verordnung des Kaisers Kienlong von 1787 nur unter Zuzug von Maklern abgeschlossen werden. Dafür haben aber auch die Makler für die Redlichkeit des Rheders und seiner Leute einzustehen.[132])

Die Makler sind gehalten, den Marktpreis zu ermitteln und festzustellen; sie sind zugleich öffentliche Schätzer in Gerichtssachen.[133])

Wer seine Pflichten als Makler verletzt, wird bestraft.[134])

§ 3.

Vor der Reise ist das Schiff einzuregistriren und sind die Schiffspapiere auszuhändigen; ebenso bei der Ankunft in einem Hafen, *Li* 4 zu s. 225 (VIII p. 5).

Die Personen der Schiffsbesatzung müssen dem Namen und der Erscheinung nach passartig in die Papiere aufgenommen werden (*ib.* p. 13).

Das Schiff hat einen Namen, welcher leserlich aufgemalt oder ausgehauen werden muss (*ib.* p. 5). Der ausländische Handel ist durch eine Reihe von polizeilichen Vorschriften bestimmt. Eine grosse Reihe von Waaren dürfen gar nicht verkauft oder exportirt werden;[135]) es wird genau vorgeschrieben, wie viel Kanonen und Pulver ein Schiff mitführen darf. Ebenso darf Niemand ohne obrigkeitliche Gestattung das Land verlassen. Die Ausfuhrwaaren müssen in das Schiffszertifikat eingetragen und bei der Ankunft muss geprüft werden, ob beides stimmt, *Li* 9 ff. zu s. 225 (VIII p. 6 f.).

Die Inhaber von Fischerbooten müssen, wie die Ackerleute Assoziationen bilden. Je 10 Boote bilden eine Zehnerschaft und 10 Zehnerschaften eine Hundertschaft, welche unter einem Haupte steht, das für die gute Aufführung der übrigen bürgen muss — dies insbesondere wegen der Furcht vor Seeraub und Erpressung. Wer ein Fischerboot verkaufen will, muss durch

[132]) Kommentar zu s. 152 (Lind p. 33).

[133]) *S.* 153 (Lind p. 41 f.).

[134]) *Li* 3 zu s. 152; s. 153 (Lind p. 36. 41 f.).

[135]) Der Verkauf von roher Seide, früher verboten, ist seit 1765 an England und Batavia erlaubt (Jamieson *Ch. R.* VIII p. 11).

das Hundertschaftshaupt der Obrigkeit Anzeige erstatten.[136]) Auch die Fischerei ist genau geregelt: es ist bestimmt, wie lange ein solches Boot ausbleiben und wie viel Salz zur Salzung der Fische es mitnehmen darf; ein solches Schiff darf nicht in einen anderen Hafen einlaufen, um den Salzvorrath zu vermehren, bei Konfiskation des Schiffs und Einsperrung der Schiffsleute.[137])

§ 4.

Der Assoziationstrieb ist stark entwickelt. So giebt es insbesondere auch Darlehnsgenossenschaften, indem die Sozien periodische Beiträge leisten und der Darlehensbedürftige daraus ein Darlehen gegen Zinsen erhält, welches er periodisch zurückzahlt.[138])

Ebenso giebt es Sterbkassenvereine, bei welchen jedes Mitglied einen monatlichen Beitrag leistet, worauf bei dem Todesfall eine betreffende Summe ausbezahlt wird.[139])

Von besonderem Interesse sind die Handelsgilden, welche die Förderung der Geschäftsinteressen ihrer Mitglieder zur Aufgabe haben. Diese Mitglieder zahlen bestimmte Beiträge nach Prozenten ihres Umsatzes oder in anderer Weise; die Gilde hat ihre Generalversammlung, ihren Ausschuss, ihren Vorstand und ihren Sekretär. Differenzen der Mitglieder unter sich sollen zuerst der Gilde zum Vergleichsversuch vorgelegt werden. Die Gilde bemüht sich, die einem Mitgliede gestohlenen Waaren wieder zu erlangen und zahlt Belohnungen zu diesem Zwecke. Sie hat eine Feuerspritze und sorgt für Löschung eines etwaigen Brandes. Wird ein Mitglied wegen Unwürdigkeit ausgestossen, so soll keiner mehr mit ihm verkehren.[140])

Sogar die Bettler bilden ihre Assoziationen und zahlen 4 Dollars Eintrittsgeld, geniessen dafür aber gewisse Vortheile, z. B. das Recht auf billige Nachtherberge im Gemeinschafts-

---

[136]) Gray II p. 288.

[137]) Gray II p. 289.

[138]) Gray II p. 85 f., Simon, *N. Ch. Branch. As. Soc. N. S.* V p. 1 f.

[139]) *China Review* XIII p. 429; vgl. auch Singer, *ib.* XVII p. 21 f.

[140]) Vgl. die Statuten in der *China Review* XII p. 5 f.

haus, einen Beitrag zu den Beerdigungskosten, Antheil an den Geldern, welche die Familien zahlen, die von dem Besuche der Bettler frei sein wollen: wer solches bezahlt, bekommt eine Quittungskarte, befestigt sie über der Thüre und bleibt unbehelligt.[141])

Anhang zu IV.

Der Bergbau wird wenig betrieben, die Ausbeute von Kohlenminen ist *in thesi* verboten, *Li* 3 zu s. 93 (*China Rev.* IX p. 344). Bergwerke, welche früher betrieben wurden, sind jetzt verlassen.[142]) Doch sind in Yunnan Zinkminen in Betrieb,[143]) und Kupferminen sind hier neuerlich wieder in Gang gesetzt worden.[144])

In Annam scheint der Bergbau mehr betrieben zu werden.[145])

V.

Dass in China keine eigentliche Ordalien nachzuweisen sind, wurde bereits anderwärts hervorgehoben.[146]) Doch ist es gelungen, eine Spur des früheren Ordalismus zu finden: eine solche Spur ist der feierliche Eid, welcher im Tempel unter Verwünschungen ausgesprochen ist, wobei einem Vogel der Hals durchschnitten wird:[147]) solche Verwünschungen und solche Symbole, welche besagen sollen, dass dem Falschschwörenden das durch den Symbolismus bezeichnete Schicksal treffen sollen, sind wohl überall die letzten Ausläufer des ehemaligen Ordalismus.[148])

Ein ähnlicher Gebrauch findet sich bei den Annamiten: es wird ein Büffel oder Bock getödtet, Blut getrunken und bei Himmel und Erde geschworen.[149])

---

[141]) Gray II p. 59.

[142]) Gray II p. 353.

[143]) *China Review* XIII p. 224.

[144]) *China Review* XII p. 135.

[145]) Vgl. das Verzeichniss in den *Excursions et reconnaissances* VI p. 95 f.

[146]) Chinesisches Strafrecht S. 50.

[147]) Montgomery Martin, *China* I p. 161.

[148]) Vgl. auch Z. f. vgl. Rechtsw. VI S. 349 f.

[149]) Landes in den *Excursions et reconnaissances* IX p. 366 Note.

Rechtsvergleichende Studien.

D.

Das Recht auf Ceylon.

I.
Einleitung.

Die einheimische Bevölkerung auf Ceylon setzt sich aus drei Schichten zusammen, welche sich im Laufe der Zeit übereinander gelagert haben.[1] Die Ureinwohner (Veddas) sind auf einer niederen Kultur stehen geblieben; sie wurden grossentheils verdrängt durch die folgenden zwei Bevölkerungsklassen: die Kands oder Cingalesen und die Tamulen. Die ersteren sind im 6. Jahrh. v. Chr. aus Indien eingewandert, sie gründeten Königreiche; Kanäle und Städte zeugen von einer höheren Kultur. Seit dem 12. Jahrh. wurden sie durch die tamulischen Einwanderer vom Norden und Osten abgedrängt; diese sind brahmanischer Religion und dravidischer Race. Wie sich seit dem 16. Jahrh. die Portugiesen, in der Mitte des 17. Jahrh. die Holländer und im Anfang unseres Jahrh. die Engländer festsetzten, bedarf keiner Ausführung. Die Holländer brachten ihr holländisch-römisches Recht, und dieses hat sich hier, auch unter der englischen Herrschaft, erhalten: Ceylon ist neben dem Kap ein Land des römischen Rechts. Im übrigen wurde das Recht der Ureinwohner nicht verdrängt,[2] vielmehr wurden sogar Veranstaltungen getroffen, dasselbe zu sammeln, zu fixiren und gegen Vergessenheit zu schützen; nicht bezüglich der wilden Veddas, wohl aber bei den Tamulen und den Cingalesen.

---

[1]) Vgl. Sarasin in den Verhandl. der Ges. der Erdkunde in Berlin XIV 1887 S. 206 f. 213 f. Vgl. ferner Pridham, *An historical account of Ceylon* I p. 463; Chitty im *Journal of the Ceylon Branch Asiatic Society* 1847 p. 69 f.

[2]) Vgl. auch das alsbald zu nennende Werk von Thomson II 12f. 16.

Auf Befehl des holländischen Geuverneurs *de dato* 14. August 1704 wurden die tamulischen (malabarischen) Gewohnheitsrechte, so wie sie in Jaffnapatam in Uebung waren, durch Claas Isaaks, welcher sie durch 35jährige Erfahrung kannte, nach genauer Recherche zusammengestellt, und diese Zusammenstellung wurde verschiedenen Honoratioren der Tamulen vorgelegt, welche sie für richtig befanden; worauf am 4. Juni 1707 die Bestätigung des Gouverneurs erfolgte. Diese Sammlung ist der bekannte Thesawaleme, welcher im Jahre 1862 neu herausgegeben wurde durch Mutukisna.[3])

Er findet sich auch in dem Werke von Thomson, *Institutes of the Laws of Ceylon* (London 1866) II p. 546—594.

Dieses Rechtsbuch gilt noch heutzutage in den nördlichen Seegegenden Ceylons, und die Geltung wurde durch die englische Regierung bestätigt.[4]) In der Ausgabe von Mutukisna ist auch eine Menge gerichtlicher Entscheidungen (von 1803 bis 1861) enthalten, welche ein lehrreiches Bild von dem auf Grund des einheimischen Rechts entwickelten Rechtslebens bieten. Nach dieser Ausgabe wird im Folgenden zitirt.

Ebenso wurde nach erfolgter Enquete das cingalesisch-kandische Recht festgesetzt;[5]) welche Sammlung gleichfalls in dem Werke von Thomson II p. 597—672 enthalten ist. Dieselbe findet in Berichten von Reisenden ihre vortreffliche Bestätigung und Erläuterung, und diese Berichte sind um so wichtiger, als einzelne Theile des einheimischen Rechts naturgemäss der europäischen Neuorganisation und Neugesetzgebung unterliegen mussten.[6])

---

[3]) *A new edition of the Thesawaleme by Mutukisna, Colombo* 1862.

[4]) Ord. v. 1835, vgl. Thomson II p. 546. Es gilt auch in Batticaloa.

[5]) Unter den alten Kandischen Königen soll es Gesetzbücher gegeben haben; Knighton, *History of Ceylon* p. 191.

[6]) Pridham, *An historical, political and statistical account of Ceylon* (London 1849); Ceylon, *A general description of the island* (London 1876 — zit. mit Ceylon); Sirr, *Ceylon and the Cingalese* (London 1830); Percival, *An account of the island of Ceylon* (London 1803); Philalethes, *History of Ceylon* (London 1817); Knighton in dem bereits zit.

Ausserdem gilt — bezüglich der Mohammedaner — islamitisches Recht.[7]) Eine Zusammenstellung islamitischer Rechtssatzungen vom 1. August 1806 ist abgedruckt in der zit. Ausgabe des Thesawaleme p. XXXVIII — XLVIII und bei Thomson II p. 527—545. Da es sich hier lediglich um Islamrecht handelt, so soll auf dieses Rechtsgebiet nicht weiter eingegangen werden.

Dagegen soll im Folgenden noch auf die Rechte der Veddas, soweit die dürftigen Nachrichten reichen, ein Blick geworfen werden, und ebenso auf das holländisch-römische Recht, wie es die Europäer auf Ceylon üben — und auf diejenigen Rechtspartien, bezüglich welcher das englische Recht die Oberhand gewonnen hat.

II.

Veddas.

Von den Rechtsverhältnissen der Veddas ist wenig bekannt. Die Waldveddas und die Dorfveddas[8]) heirathen nicht untereinander;[9]) im übrigen kommt bei ihnen die Geschwisterehe, ja sogar die Ehe mit der Tochter vor.[10]) Der Bräutigam bringt den Eltern der Braut etwas Nahrungsmittel, sonst bestehen keine Ehezeremonien;[11]) der Ehemann kann die Frau beliebig verstossen.[12]) Der älteste Bruder ist Haupt der Familie, bezw. der Onkel (Mutterrecht).[13])

Die wildesten Stämme der Waldveddas kennen kein Bodeneigenthum; wohl aber werden Grenzen gezogen, welche das

Werke. Von besonderer Bedeutung ist Knox, *An historical relation of the island of Ceylon* — vom Jahre 1681; neu herausgegeben London 1817.

[7]) Ueber die Einwanderung der Araber und ihrer Mischlinge vgl. Pridham I p. 470.

[8]) Die Waldveddas wohnen in Wäldern, in Baumstämmen u. dergl. und sind ohne näheren sozialen Zusammenhang; Pridham p. 454.

[9]) Sirr II p. 218, Davy, *Account of the Interior of Ceylon* p. 116.

[10]) Hartshorne im *Indian Antiquary* VIII p. 314. 320.

[11]) Hartshorne, Sirr *l. l. c. c.*; Pridham I p. 457.

[12]) Pridham I p. 457.

[13]) Gillings. *Ceylon Branch Asiatic Society* II p. 85 f.

Gebiet bezeichnen, in welchem der einzelne Stamm sich das Alleinrecht der Jagd und der Fruchtokkupation zuschreibt.[14])

Der Mord wird mit Geld gesühnt.[14a])

III.

Das tamulische Recht.

§ 1.

Die Tamulen scheiden sich in 4 Kasten, welche wieder in Unterkasten zerfallen.[15])

Die Kinder folgen der Kaste des Vaters, nur bei Sklaven treten sie in die mütterliche Kaste.[16])

Die Kasten dürfen nicht in einander heirathen;[17]) dagegen ist eine Adoption in eine andere Kaste statthaft.[18])

§ 2.

Die Sklaven sind nicht völlig rechtlos; sie erwerben ihr Pekulium, das ihnen allerdings der *dominus* entziehen kann, wenn er sie veräussert oder wenn er selbst in Dürftigkeit ist.[19]) Dieses Pekulium erbt auf die Kinder, auch auf die Geschwister, sofern sich dieselben unter der Herrschaft desselben *dominus* befinden;[20]) doch kann der *dominus* sich das halbe Vermögen der Sklavinmutter aneignen, auch wenn sie Kinder hat.[21])

Unter den Sklaven gilt Mutterrecht: das Kind gehört dem Eigenthümer der Mutter; daher gestatten die Sklaveneigenthümer eine Ehe meistens nur mit Sklavinnen, welche gleichfalls in ihrem Eigenthum stehen, es müsste ihnen denn an entsprechenden Sklavinnen fehlen.[22]) Früher war es Rechtens, dass wenn das Sklavenpaar verschiedenen Eigenthümern gehörte,

---

[14]) Knox p. 125.
[14a]) Gillings *l. c.* p. 85.
[15]) Pridham I p. 463.
[16]) Thesawaleme p. XV.
[17]) Entscheidung in Thesawaleme p. 191.
[18]) Vgl. unten S. 216.
[19]) Thesawaleme p. XXVII. XXIX.
[20]) Thesawaleme p. XXVII. XXIX. Vgl. auch Entsch. *ib.* p. 580 f.
[21]) Thesawaleme p. XXVII f.
[22]) Thesawaleme p. XXVII.

der *dominus* des Mannes einen ihrer Knaben zu eigen erhielt.[23]) Dem Mutterrecht entspricht es auch, dass die Sklaven den Namen der Mutter dem ihrigen vorsetzen;[24]) dass sie der Kaste ihrer Mutter folgen, ist soeben (S. 214) erwähnt worden.

Die Sklaven sind meist zu usuellen Leistungen und zu usuellen Abgaben an den *dominus* verpflichtet; während der Sklave für den *dominus* arbeitet, muss ihn dieser unterhalten.[25])

Die Emanzipation eines Sklaven geschieht (ähnlich der Liegenschaftsveräusserung) dadurch, dass dieselbe an drei aufeinander folgenden Sonntagen öffentlich verkündet wird, damit etwaige Einwendungen geltend gemacht werden.[26])

Der Emanzipirte wird, wenn er keine Kinder hat, von seinen Geschwistern beerbt, und zwar von seinen mütterlichen Geschwistern, wenn diese ebenfalls emanzipirt sind,[27]) sonst von seinen väterlichen Geschwistern. In Ermangelung derselben fällt das Vermögen nach der Seite, von welcher es herstammt.[28])

§ 3.

Ein bestimmtes Volljährigkeitsalter ist nicht statuirt.[29]) Sollte ein Mädchen ausnahmsweise unverheirathet bleiben, so würde es mit 20 Jahren in die eigene Vermögensverwaltung eintreten.[30])

§ 4.

Die Eltern können ihre Kinder in der Noth als Sklaven verkaufen; diese sind aber dann stets einlösbar, und zwar einlösbar zu einem Preise *ex arbitratu boni viri.*[31])

§ 5.

Die Adoption erfolgt mit Genehmigung der Erben; sie hat

---

[23]) Thesawaleme p. XXVIII. Ueber die Vertheilung des Sklavenvermögens in diesem Falle *ib.*

[24]) Entsch. in Thesawaleme p. 603.

[25]) Thesawaleme p. XXVIII.

[26]) Thesawaleme p. XXIX. Vgl. unten S. 225.

[27]) Also Mutterrecht.

[28]) Thesawaleme p. XXX.

[29]) Vgl. den Bericht in Thesawaleme p. 619 f.

[30]) Entsch. *ib.* p. 610.

[31]) Thesawaleme p. XXVI.

viele Aehnlichkeit mit dem *aettleidings*-Verfahren des germanischen Rechts: die Verwandten nehmen Theil an dem Akte, sie tauchen, ebenso wie der Vater des Adoptivkindes, ihre Finger in Safranwasser, welches von dem Adoptanten getrunken wird.[32]) Ohne diese Mitwirkung kann der Adoptivvater seinem Pflegekinde nur den üblichen Freitheil zuwenden. Geben einige der Erben ihre Zustimmung, andere nicht, dann wirkt die Adoption gegenüber den Zustimmenden und für ihren Erbtheil: der Erbtheil der nicht Zustimmenden erbt, als ob die Adoption nicht erfolgt wäre.[33])

Adoptiren kann der Hausvater und die Hausmutter; die Adoption eines jeden verschafft dem Adoptivkinde Erbrecht gegenüber dem betreffenden Ehegatten und den Erben desselben.[34])

Man kann einen adoptiren, welcher einer höheren oder niederen Kaste angehört, als der Adoptant selbst.[35])

Die Adoption ist eine vollkommene.[36]) Das Adoptivkind verliert alle Rechte in seiner angestammten Familie. Es tritt in die Familie des Adoptanten ein und theilt ihre Kaste; werden leibliche Kinder nachgeboren, so stehen Adoptivkind und eheliche Kinder einander gleich.[37])

Jedoch schafft die Adoption kein Ehehinderniss zwischen zwei Adoptivkindern und kein Ehehinderniss zwischen dem Adoptivkinde und den leiblichen Kindern des Adoptanten.[38])

Auch tritt die totale Adoptionsfolge nur ein, sofern der Adoptivsohn von dem Ehemann und der Ehefrau zusammen adoptirt ist und dadurch seine vollständige Familie gewonnen hat; hat er nur einen Adoptivvater oder eine Adoptivmutter er-

---

[32]) Thesawaleme p. XII. Vgl. auch Entsch. *ib.* p. 131. 307 f. 314. Barbier und Waschmann pflegen beigezogen zu werden, *ib.* p. 308 f.

[33]) Thesawaleme p. XIV.

[34]) Thesawaleme p. XIII.

[35]) Thesawaleme p. XIV f. Vgl. oben S. 214.

[36]) Vorausgesetzt, dass sie von einem Manne ausgeht; die Adoption durch eine Frau hat nur Vermögenserwerb in der Adoptivfamilie zur Folge, nicht Uebergang in die Kaste der Adoptantin, vgl. Thesawaleme p. XIV f.

[37]) Thesawaleme p. XIII. XV.

[38]) Thesawaleme p. XIII f.

worben, so behält er sein Recht gegenüber dem leiblichen Elterntheil, an dessen Stelle kein Adoptivelterntheil getreten ist.[39])

§ 6.

Als einheimische Eheform wird betrachtet, dass der Bräutigam der Braut das Nackenband umlegt.[40]) Ausserdem zündet der Priester ein Feuer an und giebt der Bräutigam der Braut ein Kleid. Anwesend sind die Verwandten, der Barbier und der Waschmann.[41])

Doch sind die Gewohnheiten nicht überall gleich.[42]) Auch das Theilen des Reises zwischen Braut und Bräutigam kommt vor; auch dass ein Götzenbild errichtet und dieses verehrt wird.[43])

Bei den Sklaven findet lediglich die Uebergabe des Kleides statt.[44])

Wie man sieht, ist der Brautkauf in das donatorische Stadium getreten; der Gebrauch des Feuers, das Umlegen des Nackenbandes, das Theilen der Speise sind in Indien so häufig, dass es besonderer Parallelen nicht bedarf.

§ 7.

Das Vermögen ist Hausvermögen; was die Hauskinder (vor ihrer Verheirathung) erwerben, fällt in das Hausvermögen und die Söhne haben während Lebzeiten des Vaters regelmässig kein Recht, einen Theil heraus zu verlangen; sie haben nur zu eigen, was speziell zu ihrer Kleidung und zu ihrem Schmucke gehört,[45]) oder was ihnen von dritter Seite geschenkt worden ist.[46]) Doch umfasst dieses Hausvermögen nicht auch

---

39) Thesawaleme p. XIII. Vgl. unten S. 234.

40) Thesawaleme p. XII; vgl. auch Entsch. *ib.* p. 183. 194. 200. 204. 211.

41) Enquête *ib.* p. 190.

42) Entsch. *ib.* p. 185 f. 188 f.

43) Entsch. *ib.* p. 191. 195. 200.

44) Entsch. *ib.* p. 187 f.

45) Thesawaleme p. IV f. Vgl. auch Entsch. *ib.* p. 577. 587. 611. 613. Der Erwerb der Kinder fällt übrigens in das Hausvermögen nach Abzug der für den Erwerb gemachten Auslagen, Entsch. *ib.* p. 618.

46) Thesawaleme p. XIX.

das in die Ehe gebrachte Vermögen der Ehefrau,[47]) und im übrigen fällt das Vermögen in zwei Theile: in das vom Vater in die Ehe eingebrachte und in den Akquäst während der Ehe, denn dieser Akquäst ist dem Ehemanne und der Ehefrau gemeinsam zu $^1/_2$ und $^1/_2$.[48]) Zum Akquäst gehören auch die Früchte des Sondergutes, sofern das Sondergut in Liegenschaften besteht; die Früchte der Sondergutsmobilien werden Sondergut.[49]) Was dem einen Ehegatten während der Ehe geschenkt wird, fällt in das Sondergut.[50]) Wird das Sondergut im Werthe vermindert, so hat (von Ausnahmen abgesehen)[51]) der Akquäst dafür aufzukommen;[52]) dagegen ist für Impensen auf das Sondergut keine Vergütung aus dem Akquäst zu leisten;[53]) wohl aber hat der Ehemann Ersatz zu bieten, wenn er gemeinsames Vermögen von sich aus seinem Verwandten geschenkt hätte;[54]) ausserdem gilt der Grundsatz, dass, was mit den Mitteln des einen Vermögens angeschafft worden ist, in dieses Vermögen fällt: also das Surrogationssystem.[55])

Die Theilnahme an dem Akquäst bewirkt, dass die Ehefrau für die Schulden des Mannes haftet.[56]) Ein Verfügungs-

[47]) Vgl. auch Sirr II p. 172.

[48]) Ausgenommen sind nur die Kleider und Schmucksachen, und überhaupt die individuellen Gebrauchsgegenstände: sie gehören dem Ehegatten allein und fallen nicht in die Akquästgemeinschaft; Thesawaleme p. X.

[49]) Thesawaleme p. XVIII.

[50]) Thesawaleme p. XVIII.

[51]) Thesawaleme p. XVIII (sofern es sich um geschenkte Güter handelt); vgl. übrigens Entsch. *ib.* p. 325 f.

[52]) Thesawaleme p. VI. und XI. und Entscheid. *ib.* p. 121 f. 122 f. 175; insbesondere auch, wenn das Sondergut verpfändet worden ist; Entsch. *ib.* p. 125. 179.

[53]) Thesawaleme p. XI; jedoch ist Ersatz zu leisten, wenn aus dem Gelde des einen Ehegatten das Gut des andern vom Pfandrechte gelöst worden ist; Entscheid. *ib.* p. 125.

[54]) Thesawaleme p. XIX.

[55]) Entsch. in Thesawaleme p. 12. 107 f. 126. 166.

[56]) Thesawaleme p. XXXII. Entsch. *ib.* p. 117. Doch geht eine neuere Strömung dahin, dass die Frau nicht mit ihrem Sondergute haftet, mindestens dasselbe aus dem Konkurs ziehen kann. Entsch. *ib.* p. 134. 148. 166. 178. 609.

recht über das weibliche Sondergut hat der Ehemann nicht,[57]) wohl aber das Verfügungsrecht über den Akquäst;[58]) und auch jenes Sondergut hat er mindestens in Verwaltung und braucht es, solange die Ehe dauert, nicht auszufolgen.[59]) Auch kann die Ehefrau *durante matrimonio* keine Theilung des Akquästes verlangen.[60])

Hieraus geht hervor, dass das Hausvermögen bereits im Begriffe ist, sich in verschiedene Theile aufzulösen; und wenn der eine Ehegatte wieder heirathet, so stehen gar zwei Akquäste mit zwei besonderen Schicksalen einander gegenüber. Der Erwerb der Söhne fällt eben hier in den Akquäst der betreffenden Ehe und erhöht ihn.

Abgesehen von dem Fall der zweiten Ehe, haben die Söhne kein Recht, eine Vermögensabtheilung oder Vermögensherausgabe zu fordern,[61]) es müsste denn sein, dass der überlebende *parens* das Hausvermögen verschwendete, oder in Folge des Alters zur Verwaltung unfähig wäre.[62]) Jedoch kommt es vor, dass die Eltern vor der Zeit ihr Vermögen an die Söhne abtreten und sich ins Leibding setzen. Sollten die Söhne den Eltern das versprochene Leibding nicht leisten, so kann die Vermögensübergabe rückgängig gemacht werden.[63]) Auch kommt es vor, dass die Eltern den einen Sohn vor dem anderen begünstigen durch eine *préciput*-Schenkung; eine solche ist gültig, nur muss sie schriftlich gemacht werden.[64])

So, was die Söhne betrifft. Die Tochter dagegen erhält bei der Eheschliessung eine Aussteuer; früher nahm man

[57]) Entsch. in Thesawaleme p. 100. Vgl. auch Thesawaleme p. XXX.

[58]) Entsch. in Thesawaleme p. 122. 124. Er hat das Alleindispositionsrecht und Alleinverwaltungsrecht; die Frau darf daher auch nicht bezüglich ihrer Hälfte klagen oder disponiren: Entsch. *ib.* p. 264. Vgl. auch Entsch. p. 619.

[59]) Entsch in Thesawaleme p. 263.

[60]) Entsch. in Thesawaleme p. 588.

[61]) Thesawaleme p. IV; Entsch. *ib.* p. 9.

[62]) Entsch. in Thesawaleme p. 8 f. 573.

[63]) Thesawaleme p. V.

[64]) Thesawaleme p. XVII f. Sonst ist zu konferiren, Entsch. *ib.* p. 10.

dieselbe aus dem Muttervermögen; im Laufe der Zeit ist dies abgekommen, und die Ausstattung wird aus irgend welchem Theile des Hausvermögens entnommen.[65]) Wer die Ausstattung giebt, hat hierfür Gewähr zu leisten und im Falle der Eviktion aufzukommen,[66]) weil, wie es im Thesawaleme (p. IV) heisst: *it is not for the girls, but for the property that most of the men marry.*

In der Deszendentenerbfolge gilt durchgreifendes Repräsentationsrecht: neben den Söhnen erben die Enkel von einem verstorbenen Sohn[67]) — eventuell auch die Töchter eines verstorbenen Sohnes.[68])

Die Tochter ist durch die Aussteuer abgefunden[69]) und von der Erbschaft ausgeschlossen. Ist die Tochter noch nicht ausgesteuert, so erhält auch sie einen Erbtheil, und dieser ist reichlich zu bemessen.[70]) Subsidiär kommt auch die ausgestattete Tochter zur Erbschaft.[71])

Dagegen haben die Töchter ein Vorzugserbrecht unter sich, d. h. wenn eine derselben ohne Deszendenten stirbt, so fällt ihr Erbe an ihre verheiratheten Schwestern[72]) und bezw. an die Töchter und Enkelinnen derselben. Nur in Ermangelung solcher fällt ihr Vermögen an die Brüder oder deren Söhne.[73]) Dies geht soweit, dass, wenn das Vermögen des Bruders in Ermangelung von Brüdern an die Kinder der verstorbenen Schwester fällt, nur die weiblichen Kinder der Schwester zur Erbschaft kommen. Denn jede Erbschaft, welche an den Schwesterstamm kommt, sei es nun eine Schwestererbschaft oder sei es

[65]) Thesawaleme p. I f.

[66]) Thesawaleme p. III f.; Entscheid. *ib.* p. 94 f. 106.

[67]) Entsch. in Thesawaleme p. 3. 5. 30. 59. 65.

[68]) Entsch. *ib.* p. 23.

[69]) Entsch. in Thesawaleme p. 5. 127. 146. 156. 163. 167.

[70]) Thesawaleme p. VIII. Vgl. auch Entsch. *ib.* p. 3. 48 f. 66. 69. 164.

[71]) Thesawaleme p. III.

[72]) Nur an die verheiratheten Schwestern: so verschiedene Entscheidungen in Thesawaleme p. 103 f. 116.

[73]) Thesawaleme p. IV, cf. p. VIII und XVIII. Entscheid. *ib.* p. 46. 51. 103 f. 105. 126. 129. 625.

ausnahmsweise eine Brudererbschaft, folgt den Prinzipien des Schwesterrechts.[74])

Hieraus erhellt, dass in Ermangelung von Deszendenten die Brudererbfolge mit Repräsentationsrecht gilt.[75]) Sind keine Brüder und keine Bruderdeszendenten vorhanden,[76]) so fällt das Vermögen an die Schwestern und ihre Deszendenz,[77]) sodann an die Eltern,[78]) und in Ermangelung derselben an die Geschwister der Eltern und ihre Deszendenz, aber mit Spaltung: das Vermögen fällt in seine Theile auseinander; das vom Vater herrührende Vermögen und die Hälfte des Akquästes[79]) kommt an die Brüder des Vaters oder deren agnatische Deszendenz; das von der Mutter stammende Vermögen dagegen und die andere Hälfte des Akquästes an die Schwestern der Mutter, bezw. an die Töchter und Enkelinnen derselben. Also *Paterna paternis, materna maternis*;[80]) dabei gilt der vorhin bereits hervorgetretene Satz: das mütterliche Vermögen fällt wo thunlich an die weibliche Verwandtschaft. Ausserdem gilt ein Aufsteigen nach Parenteln, also Parentelerbfolge,[81]) wobei jeweils die Deszendenzen der Parentelen den Aszendenten vorgehen, so dass z. B. Onkel und Tante vor den Grosseltern zur Erbschaft kommen;[82]) und unter mehreren Deszendenten besteht das Repräsentationssystem, so dass der Sohn des Vaterbruders und die

---

[74]) Thesawaleme p. IX f. Vgl. auch Entsch. *ib.* p. 4.

[75]) Dies ergiebt sich auch aus Thesawaleme p. IX. Vgl. auch die Entscheidungen *ib.* p. 1 f., 24. 29. Wie aber, wenn ein halbbürtiger Bruder und eine vollbürtige Schwester konkurriren? Hier erbt im Allgemeinen der halbbürtige Bruder; die Schwester aber erhält dasjenige, was der Verstorbene von dem *parens* ererbte, welchen das halbbürtige Geschwister nicht mit dem vollbürtigen gemeinsam hat; Thesawaleme p. IX.

[76]) Bei dieser Deszendenz gehen wiederum die Söhne den Töchtern vor: Entsch. in Thesawaleme p. 21.

[77]) Thesawaleme p. IX f.

[78]) Entscheid. in Thesawaleme p. 25. 94.

[79]) Zum Akquäst gehört in dieser Anwendung auch das von dritter Seite her geschenkte Vermögen, Thesawaleme p. XIX.

[80]) Vgl. auch Entsch. in Thesawaleme p. 28 f.; Entsch. des *High Court of Appeal* v. 7. Januar 1826 *ib.* p. 109 f.

[81]) Thesawaleme p. IV. X. XVIII. XIX.

[82]) Entsch. in Thesawaleme p. 97.

Enkel von einem anderen Sohne dieses Vaterbruders einander gleichstehen.[83]

Illegitime Kinder haben kein Erbrecht, weder gegenüber dem Vater, noch auch gegenüber der Mutter.[84]

Die Söhne sind unter allen Umständen verpflichtet, die Schulden des Vaters zu zahlen, auch wenn das Erbvermögen nicht ausreicht.[85] Hat einer der Miterben Schulden bezahlt oder Früchte der Erbschaft genossen, so setzen sie sich mit der *actio familiae herciscundae* auseinander.[86]

Die obigen Erbfolgeprinzipien kompliziren sich etwas durch den Einfluss der ehelichen Gütergemeinschaft. Nach dem Tode des einen Ehegatten bleibt der Ueberlebende mit den Kindern in Gütergemeinschaft: *communio bonorum prorogata*; er bleibt in Gemeinschaft zu $1/_2$ und $1/_2$, und diese Gemeinschaft vermehrt sich durch den neuen Akquäst beider Theile.[87] Die Gütergemeinschaft ist Gemeinschaft zur gesammten Hand: keine Quote kann für die Schulden eines Mitgliedes haftbar gemacht werden.[88] Der Ueberlebende hat das Verwaltungsrecht über das Ganze (auch das Progregut) unter Genuss der Früchte, solange die Kinder minderjährig sind,[89] er hat es auch nach ihrer Volljährigkeit bis zur Abtheilung;[90] er hat die das Vermögen betreffenden Prozesse zu führen.[91] In dieser Weise bleibt

[83]) Entsch. in Thesawaleme p. 130.

[84]) Thesawaleme p. XII und 729; vgl. auch Entsch. *ib.* p. 16. 17. 18f.

[85]) Thesawaleme p. V (*which usage is a hard measure, though according to the laws of the country*): XXXII. Vgl. auch Entsch. *ib.* p. 287 f. 293. 296 (*whether he inherited property from him or no*). Die englische Praxis sucht dies zu mildern, Thomson II p. 594 f.; vgl. Entsch. in Thesawaleme p. 298 f. 304. 306. Insbesondere giebt man den Söhnen das Recht, auf die Erbschaft zu verzichten.

[86]) Entsch. bei Thesawaleme p. 12. 666.

[87]) Entsch. in Thesawaleme p. 255 f.

[88]) Entsch. in Thesawaleme p. 241. 247. Doch hat man schon eine (zweifelhafte) Ausnahme gemacht für den Fall, dass der Sohn sich verheirathet hatte, Entsch. *ib.* p. 238. 247 f.

[89]) Entsch. in Thesawaleme p. 48. Dagegen darf er das Propregut der Kinder nicht veräussern, Entsch. *ib.* p. 256. 262; vgl. auch Note 94.

[90]) Entsch. in Thesawaleme p. 220 f. f.

[91]) Entsch. in Thesawaleme p. 222 f. 228 f. 243 f.

die Sache solange, bis der Ehegatte in die zweite Ehe tritt: dann kann er in die Lage kommen, mit seinen Kindern abtheilen zu müssen.[92]) Heirathet der Vater wieder, so hat er seine Kinder der Schwiegermutter oder sonst einer Person der Familie zu übergeben und ihr das mütterliche Vermögen und damit auch die mütterliche Hälfte des Akquästes auszufolgen; dieses erhalten die Söhne, sobald sie erwachsen sind, in ihren Besitz, die Töchter werden daraus dotirt. Das Proprevermögen des Vaters wird nach dessen Tod zur Hälfte an die Söhne erster, zur Hälfte an die Söhne zweiter Ehe vertheilt; der restirende $^1/_2$ Akquäst der ersten Ehe fällt an die Söhne dieser Ehe, der Akquäst der zweiten Ehe kommt den Söhnen dieser Ehe vollständig zu.[93])

In ähnlicher Weise verhält es sich, wenn der Vater zuerst stirbt. Auch hier bleibt die Mutter mit den Kindern im Vermögen sitzen,[94]) auch hier tritt eine Aenderung ein mit der zweiten Ehe der Wittwe. Die Kinder können allerdings bei der Mutter bleiben; trennen sich aber die Söhne, so können sie, wie im vorigen Falle, das Vatervermögen und die Hälfte des Akquästes heraus verlangen; mit dem übrigen wird in der soeben bezeichneten Weise verfahren.[95])

Aus dem entwickelten Satze, dass die Akquäste beider Ehen zwei besondere Vermögensmassen bilden und dass auch das Proprevermögen des *binubus* in eine erst- und in eine zweiteheliche Hälfte zerfällt,[96]) ergiebt sich nun auch von selbst folgende Konsequenz: ist aus der einen Ehe des Mannes ein Sohn, aus der anderen eine Tochter vorhanden, so schliesst nicht etwa der Sohn die Tochter aus, denn es sind *quasi duorum hominum*

---

[92]) Vgl. auch oben S. 217. 219; auch Entsch. in Thesawaleme p. 102. Uebrigens kann ihm die Verwaltung genommen werden, wenn er sich als verschwenderisch erweist; Entsch. *ib.* p. 225. Vgl. auch oben zu Note 62.

[93]) Thesawaleme p. VII f.; Entsch. *ib.* p. 16. 17 f. Vgl. auch *ib.* p. 22. 33. 60. Nur wenn keine Kinder zweiter Ehe vorhanden sind, fällt auch der zweiteheliche Akquäst an die Kinder erster Ehe; vgl. Entsch. *ib.* 23.

[94]) Mit dem Rechte der Vermögensverwaltung, vgl. Entsch. in Thesawaleme p. 626. 647. 666; jedoch ohne das Recht der Veräusserung der Ehemannsgüter, vgl. Entsch. *ib.* p. 14 f.; vgl. auch Note 89.

[95]) Thesawaleme p. VI.

[96]) Vgl. auch Entscheid. in Thesawaleme p. 5 f.

duae hereditates: der Akquäst der zweiten Ehe fällt an die Deszendenten der zweiten Ehe, und da aus zweiter Ehe nur eine Tochter vorhanden ist, an diese;[97] ebenso verhält es sich aber auch mit dem Proprevermögen des Mannes, denn auch dieses kommt zur Hälfte den ersteehelichen Kindern zu gute, zur Hälfte den Kindern der zweiten Ehe.

Ein Erbrecht der Ehegatten existirt nicht: dasselbe wird absorbirt durch die Gütergemeinschaft;[98] es besteht auch kein gesetzliches Leibzuchtsrecht des Ueberlebenden.[99]

§ 8.

Der Hausvater darf über $^1/_{10}$ des Erbvermögens und über den ganzen Akquäst verfügen;[100] über das sonstige Vermögen nur mit Genehmigung der Erben; nur mit Genehmigung dieser kann er daher voll adoptiren.

§ 9.

Eine eigenthümliche Uebertragungsform ist im Viehhandel im Gebrauch: an Stelle der Uebergabe der Sache genügt die Uebergabe des trockenen Düngers des Thieres; mit diesem Momente ist der Vertrag perfekt, das Eigenthum und die Gefahr der Sache geht auf den Käufer über.[101] Bezüglich der Uebertragung des Immobilieneigenthums ist alsbald (S. 226) das Nöthige zu bemerken.

§ 10.

Das Miteigenthum kann im Stück und kann nach dem Genuss getheilt werden. Eine stillschweigende Genusstheilung liegt dann vor, wenn der eine *condominus* einen entsprechenden Theil des Landes kultivirt, der andere seinen Theil unbebaut lässt: der erstere hat den vollen Genuss seines Theils. Auch bei der Stücktheilung soll darauf Bedacht genommen werden, dass ihm dieser kultivirte Theil verbleibt.[102]

---

97) Thesawaleme p. IX.

98) Entsch. in Thesawaleme p. 62. 107 f.

99) Entsch. in Thesawaleme p. 82.

100) Thesawaleme p. XIII. XVIII; Entsch. *ib.* p. 15. 175.

101) Thesawaleme p. XXV.

102) Thesawaleme p. XV und Entsch. *ib.* p. 599.

Bezüglich des Ueberhangsrechts gilt der Satz, dass die überhängenden Zweige mit ihren Früchten dem Eigenthümer des Baumes gehören, sobald der Baum ein solcher ist, welcher grösserer Pflege bedarf; anderenfalls ist der Eigenthümer des Bodens, über welchen die Zweige ragen, Eigenthümer der Zweige und ihrer Frucht, oder besser gesagt: er hat bezüglich derselben ein dingliches *jus tollendi* mit Eigenthumserwerb an den abgetrennten Stücken.[103])

Auch Superficiarrechte an Bäumen sind bekannt; wie nun, wenn von dem Superficiarbaume aus neue Bäume entstehen? Dieselben gehören dem Bodeneigenthümer, nicht dem Baumsuperficiar; ausgenommen wenige Provinzen, in welchen ein anderes gilt.[104])

§ 11.

Es besteht ein Erb-, ein Miteigenthümer- und ein Vizinalretrakt;[105]) es besteht auch ein Retraktrecht des Pfandgläubigers. Darum muss der Veräusserer diesen Personen von seinem Veräusserungsvorhaben kund geben. Die Kunde musste in bestimmten Fristen der Veräusserung vorhergehen (3 Monat — 1 Jahr); die Holländer haben dies seiner Zeit dahin geändert, dass die Veräusserung an drei Sonntagen öffentlich angekündigt werden soll, innerhalb welcher Zeit die betreffenden Personen ihr Vor-

[103]) Thesawaleme p. XVI f. Vgl. auch Entsch. *ib.* p. 316. 317 f. 320 f. Ueber das dingliche Trennungsrecht vgl. meine Abhandl. in Jherings Jahrb. XXVI S. 51 f.

[104]) Thesawaleme p. XVII. Bäume auf der Grenze gehören beiden Nachbarn zusammen; Entsch. in Thesawaleme p. 315. 319.

[105]) Vgl. auch Entsch. in Thesawaleme p. 520. 523. 529. 532. 558 f. 566 u. a. Der Erbretrakt geht den übrigen Retraktrechten vor, Entsch. *ib.* p. 522. 524. 536 557 f.; väterliche Kousins stehen vor den mütterlichen; Entsch. *ib.* p. 549. Kombinirt Jemand den Erbretrakt mit einem weiteren Retraktgrund, so hat er den Vorzug, Entsch. *ib.* p. 533. Veräusserungen *in fraudem retractus* werden durch den Retrakt gebrochen, Entsch. *ib.* p. 527. Der Retrakt findet nicht statt, wenn zuvor der Kauf wieder rückgängig gemacht worden ist, Entsch. *ib.* p. 542. Behauptet der Retrahent, dass der Preis *in fraudem retractus* zu hoch angegeben ist, so hat er dies zu beweisen, Entsch. *ib.* p. 570.

kaufsrecht geltend machen können.[106]) Ist die Frist versäumt, so ist das Retraktrecht erloschen.[107])

Nach der Gewohnheit des Landes soll der Veräusserung ein Zulassungsschein des Gemeindevorstandes, des *Odir*, vorhergehen; der *Odir* hat eine *causae cognitio* vorzunehmen, ob der Veräusserer zur Disposition berechtigt ist, ob der Veräusserung ein genügender Titel zu Grunde liegt und ob das Veräusserungsobjekt richtig bezeichnet ist.[109]) Ohne Publizität und ohne Zulassungszertifikat wird die Veräusserung als ungültig erachtet — als ungültig, jedoch so, dass trotz der Ungültigkeit ein Retraktrecht ersteht.[110])

Ob auch in Fällen, wo kein Retrakt begründet ist, in Fällen der Veräusserung an den nächsten Erben oder in Fällen der Schenkung, diese Publikation erforderlich ist, kann zweifelhaft sein: offenbar ist das Publizitätsbedürfniss durch die Verhältnisse des Retraktrechts erregt worden; man ist jedoch über diesen ersten Ausgangspunkt hinausgeschritten und hat die Publizität als allgemeines Erforderniss aufgestellt.[111]) Entsprechend besteht auch in den Gemeinden ein Grundbuch, ein Grundregister, *Thombo*, wenigstens für Rustikalgrundstücke.[112])

Mit dem Retraktrecht verwandt ist das Verhältniss, welches sich auf den Rechtssatz gründet, dass Aussteuer- und Pfandgut an den Besteller der Aussteuer und des Pfandes wieder zurück-

[106]) Thesawaleme p. XXIII f. Die Publikation findet bei der Kirche statt unter Tamtamschlagen; vgl. *ib.* und Entsch. *ib.* p. 543.

[107]) Entsch. in Thesawaleme p. 413 542. 551 f. 554 u. a.

[108]) Das Zertifikat eines inkompetenten *Odir* wäre nichtig; Entsch. in Thesawaleme p. 600.

[109]) Entsch. in Thesawaleme p. 386 f. f. 415 f. f. 425 f. Der *Odir* kann wegen Unregelmässigkeiten haftbar gemacht und gestraft werden; vgl. Entsch. p. 616 u. a.

[110]) Entsch. in Thesawaleme p. 422 f. 423 f. 434 f. 453 f. 465. 521 f. 532 u. a.

[111]) Vgl. namentlich die Entsch. des *Supreme Court*, Thesawaleme p. 440 und 460. Vgl. aber auch Entsch. *ib.* p. 454 f. 468 f. 497. In Betracht kommt hierbei allerdings auch eine holländische Ordonnanz, die 27. der 72 Ordonnanzen (in Thesawaleme p. 692), sodann englische Ordonnanzen, — auf welche hier nicht einzugehen ist.

[112]) Entscheidung in Thesawaleme p. 441. 679 u. a.

fällt, wenn es der Erwerber nicht innerhalb bestimmter Zeit (10 Jahren) in Besitz nimmt:[113]) es beruht dies auf einem ähnlichen Gedanken, bezüglich der einseitigen Geschäfte, wie das so häufige Revokationsrecht des Veräusserers bei onerösen Geschäften.[114])

§ 12.

Das Pfand ist Nutzpfand (*Otty*),[115]) und zwar meist Antichrese.[116]) Der Pfandgläubiger erhält die verpfändete Liegenschaft in Besitz und Genuss;[117]) er muss darum auch die entsprechenden Abgaben bezahlen; jedoch besteht in manchen Gegenden der Brauch, dass der Eigenthümer der Sache $^1/_{10}$ des Ertrages erhält und dafür die Abgaben zu entrichten hat. Der Eigenthümer kann das Pfand nicht beliebig einlösen,[118]) sondern nur so, dass der Pfandgläubiger noch die entsprechende Ernte erzielt, und er muss daher die Einlösung so zeitig ankündigen, dass der Pfandgläubiger nicht unterdessen auf die Fruchtfikation der Sache weiteren Aufwand macht; mindestens müsste in letzterem Falle dem Pfandgläubiger als Ersatz für seine Aufwendung ein Theil der Früchte zukommen.[119])

Der Pfandgläubiger trägt nicht die Gefahr der Sache. Für nothwendigen Sachimpensen kann er Ersatz verlangen, doch

---

[113]) Thesawaleme p. III.

[114]) Vgl. oben S. 202 f.

[115]) Ueber das Nutzpfand bei den Maleien vgl. jetzt Wilken, *Het pandrecht bij de volken van den Indischen archipel* p. 38 f. Je weiter unsere Forschungen reichen, desto mehr überzeugt man sich von der universellen Geltung des Nutzpfandes.

[116]) Bei der Antichrese kann der Gläubiger keinen Nachschuss von Zinsen verlangen, auch wenn das Fruchterträgniss die Zinshöhe nicht erreicht; vgl. Entsch. in Thesawaleme p. 350 f.

[117]) Er ist Besitzer und im Besitz geschützt; Entsch. in Thesawaleme p. 330 f.

[118]) Auch ist die Einlösung erst wirksam, wenn die ganze und volle Pfandsumme angeboten wird, Entsch. in Thesawaleme p. 332.

[119]) Thesawaleme p. XX f. Entsch. *ib.* p. 330. 336 f. 338. 339. 343. 352 f. Ein solcher Ersatz eines Theils der Früchte wäre daher auch dann zu geben, wenn sich der Eigenthümer eigenmächtig in den Besitz setzen würde; Entsch. *ib.* p. 347 f.

muss er den Eigenthümer vorher zertioriren.[120]) Ein Verkaufsrecht hat der Pfandgläubiger nicht; derselbe kann aber, wenn er das Geld haben will, das Kapital künden[121]) und verlangen, dass das Landstück zuerst den Erben des Eigenthümers angeboten wird; lösen es diese nicht aus, so kann er verlangen, dass ihm das Landgut für sein Kapital zu eigen zugeschrieben werde, oder dass der Eigenthümer das Gut zu seinen Gunsten distrahire.[122])

Der Eigenthümer kann das verpfändete Grundstück *durante pignore* veräussern und der Käufer kann die Pfandsumme auf dem Grundstücke stehen lassen; nur wird verlangt, dass in diesem Falle ein neuer Pfandvertrag zwischen dem Käufer und dem Pfandgläubiger abgeschlossen werde;[123]) sonst ist die Veräusserung nichtig.[124])

Ein der Antichrese ähnlicher Vertrag ist es, dass der Schuldner dem Gläubiger anstatt der Zinsen den Gebrauch eines Thieres einräumt. Naturgemäss können in solchem Falle die Zinsen nur insofern als äquivalirt gelten, als dem Gläubiger der Gebrauch der Sache zu Gebote gestanden ist; also nicht, wenn die Thiere gestorben sind.[125])

Ein Faustpfandgläubiger darf nur mit Genehmigung des Eigenthümers die Sache benutzen; das *furtum usus* hat zur Folge, dass er die Zinsen verliert, dass dieselben als durch den *usus* äquivalirt gelten.[126])

Uebrigens ist auch von einem Grundstückspfande die Rede, bei welchem das Grundstück in der Hand des Eigenthümers bleibt. In diesem Falle ist der Pfandgläubiger dadurch gesichert, dass er im Falle der Veräusserung der Sache benachrichtigt werden muss, so dass er in den Verkauf eintreten oder dafür sorgen kann, dass der Erwerber ihn bezahlt oder die Schuld

---

[120]) Thesawaleme p. XXII.

[121]) Entsch. in Thesawaleme p. 348. 373.

[122]) Thesawaleme p. XX f. XXXI.

[123]) Thesawaleme p. XXI f. XXIV f. XXXVII; cf. p. III.

[124]) Vgl. Entsch. in Thesawaleme p. 328. 336.

[125]) Thesawaleme p. XXII.

[126]) Thesawaleme p. XXIII.

übernimmt: thut er dies nicht und ist der Erwerber *in bona fide*, so kann er sich nicht mehr an ihn halten.[127])

§ 13.

Eine an das *foenus nauticum* erinnernde Art von Darlehen ist das Darlehen von Getreide zur Aussaat, wobei der Darleiher an der Gefahr theilnimmt: fällt der Herbst fehl, so erhält er nichts; ist er schlecht, so bekommt er nur im Verhältniss. Darum ist aber auch der Zinsfuss hoch: von 20 bis 50 %.[128])

Die Zinsen dürfen das *alterum tantum* nicht übersteigen;[129]) auch nicht die Zinsen des Getreidedarlehens.[130])

§ 14.

Der Bürge haftet im Fall der Abwesenheit oder der Zahlungsunfähigkeit des *debitor*; er hat an ihn den Regress. Mehrere Bürgen haften nur dann solidarisch, wenn sie sich in der Art verbürgt haben, dass jeder der Bürgen, welchen der Gläubiger vor sich haben wird, die Schuld bezahlen solle. In diesem Falle hat der zahlende Bürge den entsprechenden Partialregress gegen den Mitbürgen.[131])

§ 15.

Mangelhaftigkeit der verkauften Sache und Fehlen der *dicta et promisse* hat Redhibition zur Folge. Die Redhibition soll in entsprechend kurzer Frist erfolgen.[132])

§ 16.

Der Miether der Sache haftet nicht für den *casus*.[133]) Der Pächter hat im Fall der Missernte ein Recht auf *remissio mercedis*, sofern überhaupt eine fixe Pachtrente ausgemacht ist.[134]) Am

127) Thesawaleme p. XXIII f. XXXII.
128) Thesawaleme p. XXXII f.
129) Thesawaleme p. XXXII. Vgl. auch Entsch. *ib.* p. 573. 676 f.
130) Thesawaleme p. XXXIII.
131) Thesawaleme p. XXXI f.
132) Thesawaleme p. XXV.
133) Thesawaleme p. XXIII.
134) Thesawaleme p. XXXIII f.

verbreitetsten ist die Theilpacht, und zwar in der Art, dass der Eigenthümer zunächst $^1/_{10}$ erhält (zur Bestreitung der Abgaben) und sodann $^1/_3$[135]) — so, wenn der Verpächter nur den Grund und Boden bietet, und so insbesondere auch, wenn der Pächter Bäume pflanzen darf. Liefert aber der Verpächter auch die Bäume, so erhält er $^2/_3$, liefern beide die Bäume gemeinsam, so erhält ein jeder $^1/_2$ des Erträgnisses.[136])

Diese üblichen Abtheilungen treten auch dann ein, wenn Jemand ohne Pachtvertrag fremden Boden kultivirt hat.[137])

§ 17.

Der Eid wird im Tempel über dem Grabe eines Angehörigen geschworen.[138])

IV.

Das Kandische Recht.

§ 1.

Es giebt trotz des Buddhismus 4 Hauptkasten, von welcher sich die dritte in 2, die vierte in 60 Klassen zerlegt.[139]) Die 3. Kaste ist die Kaste der Ackerbauer und die Kaste der Hirten, die 4. Klasse enthält Handwerker, Dienstleute, Handelsleute aller Art.[140]) Ausserdem giebt es zwei Arten von Kastenlosen; so insbesondere die *Rhodia*-Klasse.[141]) Bei der Ehe wird insofern strenge Kastengleichheit eingehalten, als die Frau keinen Mann niederer Klasse heirathen darf.[142]) Das umgekehrte kommt nicht selten vor; jedoch kann das Kind einer

---

[135]) Thesawaleme p. XVI. XXXIII. Oder er erhält im Ganzen $^1/_2$; Entsch. *ib.* p. 587.

[136]) Thesawaleme p. XVI. Vgl. auch Entsch. *ib.* p. 587.

[137]) Thesawaleme p. XXXIII. Vgl. die vorigen Noten und Entsch. p. 591.

[138]) Entsch. in Thesawaleme p. 5. 7. 329. Vgl. unten S. 245.

[139]) Vgl. Knox p. 132; vgl. auch Davy, *Account of the Interior of Ceylon* p. 112 f. 121 f.; Cordiner, *Description of Ceylon* I p. 93.

[140]) Sirr II p. 206 f.

[141]) Sirr II p. 208 f.

[142]) Knox p. 131 f.; Sirr II p. 159; Percival p. 258; *Ceylon* I p. 399; Knighton p. 195; Davy p. 114 f.

Frau niederer Klasse kein Erbgut seines Vaters erben, sondern nur Akquäst.[143])

§ 2.

Das Kandische Recht kannte Freie und Sklaven. Sklave wurde einer durch Geburt, durch Verkauf von Seiten seiner Eltern,[144]) durch Verurtheilung, durch Selbstverkauf. Für die angeborene Sklaverei entschied die Mutter: die Kinder einer Sklavin waren wieder Sklaven;[145]) und dabei fand sich ein Rechtssatz, der auch sonst seine Analogien findet: wer mit einer Sklavin verkehrte, wurde während dieser Zeit als *quasi* unfrei behandelt: der Eigenthümer der Sklavin hatte das Recht, ihn zu Diensten zu verwenden; und wenn er sich aus der Abhängigkeit lösen wollte, so musste er alles inzwischen Erworbene zurücklassen.[146]) Der Herr konnte den Sklaven strafen, aber nicht verstümmeln oder tödten.[147])

§ 3.[148])

Der Frauenkauf ist in das donatorische Stadium übergegangen:[149]) der Bräutigam bringt der Braut Geschenke, meist Kleidungsstücke oder Schmuck. Bei der Eheschliessung finden sich die bekannten Zeremonien: das Binden der Hände (indem die kleinen Finger mit einem Faden verknüpft werden), das Essen aus derselben Schüssel u. a.[150]) Auch das findet sich, dass die Brautleute einige Tage lang die Brautkleider

---

143) Thomson p. 641.

144) Auch verpfändet wurden die Kinder zur Zahlung der Schulden, Knox p. 207; Philalethes p. 241. Vgl. unten S. 237.

145) Knox p. 207; Philalethes p. 241.

146) Knighton p. 194 f.

147) Knighton p. 196.

148) Die englische Regierung hat das Eherecht neu geregelt durch Ordonnanzen von 1859 und f. (Thomson II p. 609 f. 619 f.), worauf hier nicht weiter einzugehen ist. Hier soll nur aborigines Recht vor der europäischen Gesetzgebung dargestellt werden.

149) Vgl. auch Percival p. 197.

150) Knox p. 187; Sirr II p. 170 f. 175 f. 185 f,; Pridham I p. 251 f.; *Ceylon* I p. 386; Davy p. 285.

nicht ausziehen dürfen: erst nach 3 oder 7 Tagen, wo dann eine Nachfeier stattfindet.[151])

An den Frauenraub erinnert noch die Gewohnheit, dass, wenn die Ehe unter den Eltern vereinbart ist, der Sohn unter fingirtem Namen und heimlich kommen muss, um die Braut zu sehen;[152]) ferner die andere Sitte, dass, wenn der Bräutigam die Braut in seine Wohnung abholt, die Braut vorausschreiten muss, weil eine Sage geht, dass einst, als der Bräutigam vorausschritt, die Braut gestohlen wurde.[153])

Die Ehefrau ist vermögensfähig; ihr Vermögen geht nicht in das Eigenthum des Mannes über.[154]) Zu ihrem Vermögen gehört ihr Schmuck, zu ihm gehört ferner alles, was sie in die Ehe eingebracht hat, ferner was ihr während der Ehe geschenkt wurde oder was sie während der Ehe durch ihre Arbeit verdient.[155])

§ 4.

Neben der gewöhnlichen Ehe ist die Ambilanakeheform sehr häufig, indem der Bräutigam in die Familie der Braut eintritt; er spielt hier eine untergeordnete Rolle und kann ausgetrieben werden, wenn er nicht mehr konvenirt.[156]) Diese Eheform ist die *Bina*-Ehe im Gegensatz zur *Diga*-Ehe. Bei der *Bina*-Ehe ist der Ehemann (ähnlich dem indischen *gar junwai*) ein Mitglied der Familie der Schwiegereltern und seine Kinder gehören dieser Familie; doch wird er dadurch nicht vollständig von seiner Familie losgelöst, vorausgesetzt nur, dass er mit dieser nähere Beziehungen unterhält: so kann er für sich und seine Kinder das Erbrecht in der leiblichen Familie wahren.[157])

§ 5.

Die Cingalesen sind exogam: die Ehe ist verpönt bis in

[151]) Sirr II p. 173.

[152]) Pridham I p. 251; Davy p. 286.

[153]) Knox p. 188.

[154]) Thomson II p. 643.

[155]) Thomson II p. 651.

[156]) Sirr II p. 163 f.; Knighton p. 197.

[157]) Thomson II p. 639 f.

den 6. Grad;[158]) insbesondere dürfen die Kinder der Brüder einander nicht heirathen; ebensowenig die Kinder der Schwestern. Anders verhält es sich zwischen den Kindern des Bruders einerseits und denen der Schwester andererseits: sie dürfen sich heirathen;[159]) noch mehr, der älteste Sohn des ältesten Bruders hat ein Anrecht auf die Hand der ältesten Tochter von seines Vaters ältester Schwester.[160])

§ 6.

Bekanntlich sind die Cingalesen zur Polyandrie geneigt, ja dieselbe war sehr häufig in Uebung,[161]) indem mehrere Brüder eine Frau zusammen heiratheten.[162]) Die Kinder sind die Kinder sämmtlicher Ehemänner.[163]) Gewöhnlich nimmt dabei der älteste Bruder die Führung des Vermögens in die Hand.[164]) Auch das kommt vor, dass der Ehemann später einen Ehegenossen zu sich nimmt, welcher dann als zweiter Ehemann gilt.[165])

Zwei Brüder, welche die nämliche Frau haben, bilden einen besonders innigen familiären Verband: sind Brüder in Vermögensgemeinschaft, von welchen zwei ein gemeinsames Weib haben, so fällt der Theil eines der Sammtbeweibten nur seinem Ehegenossen zu, nicht dem andern Bruder.[166])

§ 7.

Der Ehemann kann die Frau wegen Ehebruchs verstossen:

---

[158]) Sirr II p. 167.

[159]) Vgl. Thomson II p. 629, vgl. auch Pridham I p. 253.

[160]) Thomson II p. 646 f.

[161]) Es bedarf keiner Bemerkung, dass dieselbe jetzt durch die europäische Gesetzgebung verboten ist; aber wir stellen das aborigine Recht dar.

[162]) Vgl. auch Thomson II p. 637: *Where an estate was enjoyed undividedly by two on three brothers, having but one wife in common — —.* Vgl. ferner *Ceylon* I p. 387; Knox p. 189. Auch Häckel, indische Reisebriefe S. 240, spricht davon, dass die Polyandrie *in facto* noch nicht völlig unterdrückt ist.

[163]) Thomson II p. 637.

[164]) Sirr II p. 163.

[165]) Sirr II p. 163.

[166]) Thomson II p. 638.

die Frau verliert dadurch alle Ansprüche an das Vermögen;[167]) ja der Ehemann könnte sie in Sklaverei verkaufen.[168]) Scheidet sich der Mann ohne Grund, so muss er auf alles, was die Frau eingebracht hat, verzichten.[169])

§ 8.

Kindesmord war früher häufig und wurde nicht als Verbrechen angesehen.[170]) Die Kinder bekommen in früher Jugend einen sogenannten Reisnamen, welcher später abgelegt wird.[170a])

§ 9.

Die Adoption geschieht durch publiken Akt, welcher das Institut möglichst zur öffentlichen Kunde bringen und ausser Zweifel setzen soll.[171])

Der Adoptirte muss derselben Kaste wie der Adoptivvater angehören; ansonst hat die Adoption keine vermögensrechtliche Wirkung.[172])

Der Adoptivsohn erbt wie ein ehelicher Sohn; sind aber wirklich eheliche Söhne vorhanden, so wird sein Theil auf eine betreffende Quote, etwa $^1/_4$, reduzirt.[173])

Ein vollständiger Austritt aus der Familie des leiblichen Vaters findet nur bei der Adoptivtochter statt (welche so betrachtet wird, als wenn sie in *Diga*-Ehe träte), nicht bei dem Adoptivsohn; doch verliert derselbe in der leiblichen Familie sein Erbrecht, soweit er in der Adoptivfamilie dafür Ersatz findet.[174])

§ 10.

Die Vormundschaft fällt auf die mütterliche Seite: die mütterlichen Grosseltern, den mütterlichen Onkel; erst *in subsidium* auf

---

[167]) Sirr II p. 165.
[168]) Sirr II p. 234.
[169]) Pridham I p. 253; Knighton p. 198.
[170]) Knox p. 190; Pridham I p. 257.
[170a]) Davy p. 288 f.
[171]) Thomson II p. 658 f.
[172]) Thomson II p. 658.
[173]) Thomson II p. 658.
[174]) Thomson II p. 640. Vgl. oben S. 216.

die Vaterseite.[175] Die *tutela* ist eine *tutela fructuaria:* der Vormund erhält die Früchte des Kindesvermögens, muss aber auch alle Kosten tragen.[176] Uebrigens kann der *parens* (Vater oder Mutter) auch einen letztwilligen Vormund ernennen.[177]

§ 11.

Alimentationsberechtigt sind die Eltern:[178] alimentationsberechtigt sind aber namentlich auch die Schwestern, sofern sie nicht durch ihre Ehe versorgt sind: dieses Recht hängt mit ihrem Ausschluss aus dem Erbvermögen zusammen, es klebt darum auch pfandrechtlich an dem liegenschaftlichen Erbgute.[179]

§ 12

Der König gilt als Eigenthümer der Wälder und unkultivirten Strecken; Niemand konnte sie ohne seine Erlaubniss in Kultur nehmen, weil man annahm, dass der erste König die Dämonen verjagt habe.[180] Er galt auch theoretisch als Eigenthümer des kultivirten Landes, dessen Besitzer ihr Recht von ihm herleiteten.[181]

Daher ist das Land den verschiedensten Belastungen unterworfen; so vielfach der Belastung, dass der Landbesitzer ein anderes (sog. *muttetu*) Land für den König oder für einen Grossen kultiviren muss.[182] Denn vielfach leiten die Grossen ihr Landrecht vom Könige ab und haben gegen die Landsassen die Rechte des Königs — wofür sie dem König eine Anzahl Truppen zu stellen haben.[183] Die Lage der Landsassen ist eine sehr verschiedene: von der Stellung der niedersten Frohn-

[175]) Thomson II p. 656; eine Reminiszenz des Mutterrechts: das Kind gehört, wenigstens in der Jugend, zunächst zur mütterlichen Familie.

[176]) Thomson II p. 656.

[177]) Thomson II p. 656 f.

[178]) Vgl. Thomson II p. 647.

[179]) Thomson II p. 647.

[180]) Sirr II p. 237; Davy p. 185; Cordiner I p. 133.

[181]) Sirr II p. 237 f. Daher erhielt der Erwerber eine königliche Verleihungsurkunde, Davy p. 186. Dreissigjähriger Besitz galt statt Titels, Davy p. 187.

[182]) Thomson II p. 606.

[183]) Thomson II p. 600 f.

dienstleute an bis zu denen, welche nur Scheindienste zur Anerkennung der Oberherrschaft zu leisten haben. In der Mitte stehen die Kultivatoren des *muttetu*-Landes, von welchen soeben gehandelt worden ist.[184])

§ 13.

Die ganz universelle Theilpacht findet sich auch hier; so die Theilpacht zu halb und halb,[185]) oder zu $^2/_3$ (Pächter) und $^1/_3$ (Proprietar) — je nach der Fruchtbarkeit des Terrains.[186]) Aber dieses Institut findet sich auch in der Modifikation, dass der Proprietar nur den Betrag der Aussaat erhält oder ein Mehrfaches derselben; oder so dass er lediglich von der Ernte ein Bündel an sich nehmen darf.[187])

§ 14.

Ursprünglich galt auch bei den Kands der aus dem Familienvermögen hervorgewachsene Satz, dass der Vater nicht ohne Zustimmung der Kinder, oder falls diese noch minorenn waren, nicht ohne Zustimmung seiner Frau über die Erbgutliegenschaften verfügen konnte. Weitere Erben wurden nicht in Betracht gezogen; und auch bezüglich der Kinder ist der Satz ausser Uebung gekommen, wenn es auch immer noch bei vorsichtigem Geschäftsgange Styl ist, sich der Zustimmung der Kinder, ja der Erben überhaupt zu versichern.[188])

§ 15.

Vielfach stehen die Brüder in Gemeinschaft des Akquästs; die Gemeinschaft ist Gemeinschaft zu gesammter Hand; stirbt der eine der assoziirten Brüder ohne Deszendenz, so akkreszirt seine Portion den übrigen. Dass diese Gemeinschaft noch inniger ist zwischen den Brüdern, welche zugleich in Frauengemeinschaft stehen, ist bereits oben (S. 233) entwickelt worden.

[184]) Thomson II p. 601 f.

[185]) Thomson II p. 606. 608.

[186]) Oder je nachdem der Eigenthümer oder der Pächter die Lasten trägt: Knox p. 205. Vgl. oben S. 229 f.

[187]) Thomson II p. 608 f.

[188]) Thomson II p. 666 und 627. Vgl. oben S. 224.

§ 16.

Auch das Recht der Kands bestätigt den universellen Satz, dass die Schenkung ursprünglich nicht fest ist, sondern dem beliebigen Widerruf des Schenkers unterliegt — einen Satz, welcher auf der historischen Erscheinung beruht, dass die Schenkung erst einem späteren Stadium der Rechtsentwicklung angehört, weil sie keinem so dringenden Verkehrsbedürfnisse entspricht, wie die zweiseitigen Umsatzgeschäfte. Insbesondere kann derjenige, welcher Jemanden Land schenkt gegen die Verpflichtung, ihn zu unterhalten, stets von dem Geschäfte zurückgehen, nur dass er dem Beschenkten für den seither gewährten Unterhalt entsprechenden Ersatz zu gewähren hat.[189] Dass man im Jahre 1833 eine Gegenleistung als genügend erkannte, um die revokable Schenkung zu einer irrevokablen zu machen,[190] mag auf englischen Anschauungen beruhen; wahrscheinlich entspricht es aber auch dem aboriginen Geiste des Kandischen Rechts, und so hätten wir auch hier das Launegild.

§ 17.

Die alte Uebung, Verträge, namentlich Eigenthumsübertragungen, durch Fluchformeln sowohl *inter partes* als gegenüber Dritten zu sichern — eine Uebung, welche wir bereits in den Urzeiten Chaldäas antreffen, — findet sich auch hier; Eigenthumsverträge ohne solche Form galten als von geringerer Kraft.[191] Wir finden auch die Bestätigung der Verträge durch eine Art von *vadia*: der Schuldner übergiebt dem Gläubiger einen Stein.[192]

§ 18.

Der Gläubiger konnte den Schuldner und dessen Familie in Pfandbürgschaft bringen; er konnte, wenn der Schuldner gestorben war, die Familie in Sklaverei verkaufen.[193] Früher

---

[189]) Thomson II p. 623. Vgl. oben S. 91 f.

[190]) Thomson II p. 659 f.

[191]) Thomson II p. 660 f.

[192]) Knox p. 207; Knighton p. 201.

[193]) Sirr II p. 234 f.; Knighton p. 201 f.; Philalethes p. 241;

bestand auch das Dharnasitzen in der Weise, dass der Gläubiger sich zu tödten drohte, wenn der Schuldner nicht bezahlte; dies verbreitete grossen Schrecken, weil der Schuldner für den Tod haftbar gewesen wäre.[194] Uebrigens konnte sich auch der Gläubiger bei dem Häuptlinge beklagen, und dieser nahm dem Schuldner so viel weg, als zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich.[195]

Ein eigenthümliches Zwangsmittel zum Eintreiben von Geldbussen bestand darin, dass dem Schuldner ein schwerer Stein auf den Rücken gelegt wurde, bis er zahlte, oder dass man ihm Dornen zwischen die Beine steckte.[196]

Im Fall des Konkurses befriedigen sich die Pfandgläubiger aus den Pfändern, die übrigen theilen *pro rata parte.*[197]

§ 19.

Wie im indischen Rechte[198] giebt es auch hier Sistirungs- und Zahlungsbürgschaft; erstenfalls hat der Bürge den Schuldner herbeizuschaffen, letzternfalls haftet er für die Summe — ohne dass ihm das Recht der Vorausklage zustände.[199]

§ 20.

Das Darleihen gegen Zinsen ist üblich, sowohl Geld- als Getreidedarlehen. Dabei finden sich folgende Modalitäten: Entweder wird ein bestimmter Prozentsatz stipulirt, 20 % per Jahr oder mehr: hier wachsen die Zinsen mit der Zeit, ohne dass eine Grenze gegeben ist. Oder es wird ein Gesammtquantum des Zinsbetrages, oder besser gesagt, des Augments festgesetzt, nämlich 50 % oder 100 % in der Weise, dass, wenn die Schuld innerhalb eines Jahres bezahlt wird, ein Augment von 50 % eintritt, später ein solches von 100 %, d. h. *duplum*: er zahlt

---

Davy p. 184. Ueber die Verpfändung der Kinder wurde bereits oben S. 231 gehandelt.

[194]) Sirr II p. 236; Knighton p. 202. Vgl. unten S. 244.

[195]) Thomson II p. 670 f.

[196]) Knox p. 210.

[197]) Thomson II p. 671.

[198]) Z. f. vgl. R. III S. 182.

[199]) Thomson II p. 665.

das Augment, aber auch nicht mehr, wenn er auch lange säumig bleibt.[200]) Das Getreidedarlehn bringt 50%: öfter wird der Jahreszins dem Schuldner zurückgegeben und dann aber zum Kapital geschlagen.[201])

§ 21.

Das Pfandrecht kennt Nutzpfand und Verfallpfand; das Nutzpfand kann Mortgage sein, so dass die Früchte dem Gläubiger zukommen als Aequivalent der Zinsen; es kann aber auch bestimmt werden, dass jährlich eine bestimmte Summe am Kapital in Abzug komme. Auch jene Form des Nutzpfandes findet sich, wornach der Schuldner im Besitz bleibt, aber so, dass dem Gläubiger ein Theil der Früchte zukommt. Neben dem Nutzpfand steht das Verfallpfand, kraft dessen das Land dem Gläubiger zu eigen wird, falls nicht innerhalb bestimmter Zeit Zahlung erfolgt. Diese Pfandform kann mit dem Nutzpfand verbunden werden; sie kann aber auch in der Weise erfolgen, dass der Schuldner im Besitze bleibt und dem Gläubiger lediglich die Eigenthumsurkunde übergiebt.[202]) Uebrigens pflegt auch bei dem Besitznutzpfand der Eigenthümer die persönlichen Lasten des Eigenthums weiter zu tragen: ja es gilt dies als ein Anzeichen, dass das Land bloss verpfändet, nicht verkauft ist.[203])

Mobilien werden in Faustpfand gegeben.[204])

§ 22.

Von der Erbschaft ausgeschlossen ist derjenige, welcher den Erblasser gemordet oder auch nur verwundet hat, ferner derjenige, welcher wegen schlechten Betragens aus der Familie ausgestossen worden ist; nicht aber der körperlich Missbildete und nicht der Schwachsinnige.[205]) Dagegen ist der

[200]) Thomson II p. 667. Vgl. auch Knox p. 206 f.; Davy p. 185.
[201]) Thomson II p. 668 f.
[202]) Thomson II p. 665 f. Vgl. oben S. 227.
[203]) Thomson II p. 670.
[204]) Thomson II p. 664.
[205]) Thomson II p. 650.

(buddhistische) Priester erbunfähig, weil er keine weiteren Erben zeugen darf;[206] und er erlangt auch dadurch nicht nachträglich das Erbrecht, dass er den Priesterstand verlässt; haben ihn aber seine Brüder dazu aufgefordert, so müssen sie ihm den entsprechenden Erbtheil ausliefern.[207]

Der Satz des buddhistischen Rechts, dass, wer den Erblasser in der Krankheit verpflegt hat, ein Vorgangsrecht erwirbt gegenüber demjenigen, welcher die Pflicht versäumte[208] (also eine Art Indignität des letzteren), findet sich auch auf Ceylon, mindestens bezüglich der hinterlassenen Mobilien. Dabei werden die Aequitätsmomente des einzelnen Falles in Rücksicht gezogen.[209]

Schreitet Jemand, der Kinder aus erster Ehe hat, zur zweiten Ehe, so kann er mit den Kindern der ersten Ehe abtheilen: dadurch wird er vollständig von diesen Kindern abgesondert, so dass diese kein Erbrecht mehr gegen ihn haben.[210]

§ 23.

Erben sind zunächst die Söhne. Die Töchter haben ihnen gegenüber nur ein Recht auf Unterhalt,[211] und auch dieses verlieren sie durch eine *Diga*-Ehe und erlangen es nur wieder, wenn sie nach Lösung der *Diga*-Ehe nach Hause zurückkehren; die in *Bina*-Ehe geheirathete Tochter dagegen hat das Recht eines Sohnes,[212] sie verliert es aber, wenn sie mit ihren Kindern das Haus des Vaters verlässt und sich ihm entfremdet.[213] Enkel erben nach Repräsentationsrecht.[214]

In Ermangelung von Söhnen und von *Bina*-Töchtern erbt

[206] Thomson II p. 641; Knighton p. 200.

[207] Thomson II p. 641.

[208] Z. f. vgl. R. VI S. 182. 395 f.

[209] Thomson II p. 652 f.

[210] Thomson II p. 655.

[211] Doch erben die unausgestatteten Töchter den Mobiliarnachlass ihrer Mutter in Konkurrenz mit den Söhnen; Thomson II p. 652. Vgl. auch unten zu Note 219. 227.

[212] Thomson II p. 630 f.

[213] Thomson II p. 633 f.

[214] Thomson II p. 636.

die *Diga*-Tochter; nach ihr kommen die Brüder des Erblassers, dann die Söhne der *Diga*-Tochter, dann die Neffen des Erblassers[215]) — m. a. Worten: die *Diga*-Ehe setzt den betreffenden gegenüber den Seitenverwandten um einen halben Grad zurück.

In Ermangelung der genannten erbt die Schwester, und diese verliert ihr Erbrecht nicht durch eine *Diga*-Ehe.[216]) Nach der Schwester kommt der Schwestersohn,[217]) und mit dem Schwestersohn steht auf gleicher Stufe des Bruders Tochter[218]) — die weibliche Qualität in der Person der Erben und die weibliche Qualität in der Zwischenperson halten sich die Waage. Bezüglich der Mobilien stehen sich übrigens Schwester und Bruder, Schwester- und Bruderkinder gleich.[219])

In der ganzen Geschwisterreihe gilt durchgängig Vorzug des Vollblutes vor dem Halbblut; und sind blos halbbürtige Geschwister vorhanden, so geht der Akquäst zunächst an die *uterini*,[220]) dann erst an die *consanguinei*; im Uebrigen erben die *consanguinei* das vom Vater herrührende Vermögen[221]) und die *uterini* das von der Mutter kommende.[222])

Die Vollburt geht der Halbburt vor, nicht blos um einen halben Grad, ja nicht blos um einen ganzen Grad; darum schliesst nicht nur der vollbürtige Bruder den halbbürtigen Bruder aus, sondern selbst der vollbürtige Neffe geht dem halbbürtigen Bruder vor.[223])

In der Geschwisterklasse ist das Repräsentationsrecht nur unvollkommen entwickelt. Mehrere Neffen erben *in capita*;

---

[215]) Thomson II p. 632 f.

[216]) Thomson II p. 636.

[217]) Thomson II p. 642.

[218]) Thomson II p. 642 f.

[219]) Thomson II p. 653.

[220]) Thomson II p. 648 f. Dies ist eine Reminiszenz des Mutterrechts.

[221]) Thomson II p. 644 f.

[222]) Thomson II p. 644. 645. Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn die Ehe der Mutter nicht durch Tod, sondern durch Ehescheidung gelöst war: die nach der Ehescheidung von einem neuen Manne gezeugten Kinder beerben die Kinder der früheren Ehe nicht; *ib.* II p. 644.

[223]) Thomson II p. 644. 645.

konkurriren dagegen die Neffen von dem einen Bruder mit einem anderen Bruder, so findet Stammtheilung statt.[224])

Nach der Geschwisterklasse kommt die Parentel der Grosseltern u. s. w.; auch hier gilt das Prinzip, dass *paterna paternis, materna maternis*;[225]) und bezüglich des Akquäst gilt auch hier der Vorgang der uterinen Verwandten; doch in einem Fall ist das uterine System im Niedergange: die Cousins von Vater her und die Cousins von Mutter her stehen sich gleich;[226]) und auch die Mobilien werden ohne Rücksicht auf die väterliche oder mütterliche Linie vererbt.[227])

Subsidiär erbt der Fiskus.[228])

Illegitime Kinder beerben ihre Mutter.[229])

§ 24.

Die genannte Erbfolgeordnung wird durchkreuzt, einmal durch das Elternrecht, sodann durch das Ehegattenrecht. Sind keine Söhne, aber Eltern vorhanden,[230]) so erben die Eltern — jedoch so, dass das Vermögen den nach der sonstigen Erbordnung gerufenen Erben verfangen ist: es ist verfangen den nach der sonstigen Erbordnung gerufenen Erben — nach dem Erbenstand, wie er ist im Moment des Todes des Elterntheiles. Mindestens gilt diese Verfangenschaft bezüglich des errungenen Gutes.[231])

Was aber den Ehegatten betrifft, so hat die Wittwe, mögen Kinder vorhanden sein oder nicht, eine lebenslängliche Leibzucht am Vermögen des Mannes; sie verliert solche durch zweite Ehe, durch schlechten Lebenswandel, durch verschwenderischen Missbrauch des Leibzuchtgutes.[232]) Während der

---

[224]) Thomson II p. 645 f.

[225]) Thomson II p. 645.

[226]) Thomson II p. 649.

[227]) Thomson II p. 653. Vgl. auch oben S. 220 f.

[228]) Thomson II p. 654.

[229]) Thomson II p. 654. Vgl. oben S. 222.

[230]) Keine Söhne: Töchter schliessen den *parens* nicht aus, Thomson II p. 647.

[231]) Thomson II p. 642 f. 644. 648. 654.

[232]) Thomson II p. 628 f. 650 f.

Minderjährigkeit der Kinder kann sie im Nothfalle das Leibzuchtgut verpfänden.[233]) Ausserdem erhält die Wittwe einen Vermögenstheil zu Eigenthum — ja, wenn keine Kinder vorhanden sind, selbst den ganzen Akquäst.[234])

Der Ehemann dagegen beerbt seine Frau nicht, ausgenommen, was den mobiliaren Akquäst betrifft; auch den Akquäst einer früheren Ehe, jedoch nur subsidiär.[235])

§ 25.

Letztwillige Verfügungen sind wohl bekannt, insbesondere letztwillige Verfügungen der Eltern, worin sie das Kind einem Vormunde unterstellen und diesen eventuell zum Erben des Kindesvermögens machen.[236]) Legate werden gewöhnlich so errichtet, dass der Erblasser dem Legatar das Kodizill einhändigt: das Kodizill kann von dem Testator oder einem Dritten geschrieben sein — nur nicht von dem Legatar selbst —, es braucht nicht unterzeichnet zu werden; gewöhnlich macht der Testator nur ein Handzeichen. Ja es genügt, wenn er das Handzeichen macht, seinen Willen vor Zeugen erklärt und wenn dieser Wille alsbald nach seinem Tode niedergeschrieben wird.[237])

Der Erblasser muss soweit geistig gereift sein, um die volle Bedeutung seiner letztwilligen Verfügung zu erfassen; unter dieser Voraussetzung aber kann selbst ein 10jähriger testiren.[238])

§ 26.

Es gilt als heilige Pflicht, dass der Sohn die Schulden des Vaters zahle, ohne Rücksicht auf die Grösse des Erbgutes;[239]) ebenso hat die Ehefrau die Schulden ihres Mannes zu entrichten, sofern sie mit ihm in *Diga*-Ehe steht.[240]) Andere

[233]) Thomson II p. 667.
[234]) Thomson II p. 650. 652.
[235]) Thomson II p. 643. 653.
[236]) Thomson II p. 657.
[237]) Thomson II p. 661 f.
[238]) Thomson II p. 672.
[239]) Thomson II p. 655. Vgl. oben S. 222.
[240]) Thomson II p. 655.

Erben zahlen nach Maassgabe der Grösse des Erbvermögens; und wenn das Erbe nach Immobilien und Mobilien sich zweigt, so zahlt in erster Reihe der Immobiliarerbe; doch hat der Fahrnisserbe entsprechend beizutragen, sofern das Fahrnissvermögen von Bedeutung ist.[241]) Solche Vermögenserben zahlen übrigens nach indischer Weise[242]) nur das Kapital, nicht auch die Zinsen: diese fallen in solchem Erbgange weg.[243])

§ 27.

Obgleich das buddhistische Recht die Todesstrafe verbietet,[244]) so haben doch einheimische Könige Mord und Hochverrath mit Todesstrafe belegt, ja die Todesstrafe war nicht selten eine sehr peinvolle.[245]) Auf Diebstahl stand Durchpeitschung und Gefängniss,[246]) doch findet sich auch der Satz, dass der Dieb das Siebenfache restituiren musste, ansonst er Sklave wurde.[247]) Für Körperverletzung galt Talion.[248])

Bekanntlich gestattet das buddhistische Recht in Birma, dass der Ehemann den Ehebrecher und die Ehefrau tödten darf, wenn er sie auf frischer That ertappt.[249]) Der gleiche Rechtssatz findet sich auch bei den Cingalesen.[250])

Wer den Selbstmord eines Anderen veranlasst, haftet dafür; und wird ein Selbstmörder auf dem Territorium eines Dorfes gefunden, so hat dieses eine Strafe zu bezahlen; vorher darf derselbe nicht beerdigt werden.[250a])

§ 28.

Bei den Cingalesen bestanden zwei Ordalien: das Ordal

241) Thomson II p. 654 f. 669.

242) Z. f. vgl. R. III S. 183.

243) Thomson II p. 670.

244) Vgl. meine Blutrache S. 13.

245) Knox p. 77; Sirr II p. 230 f.; Knighton p. 203. Doch durfte nur der König die Todesstrafe aussprechen, Davy p. 181.

246) Sirr II p. 231 f.; Davy p. 182.

247) Philalethes p. 241.

248) Knighton p. 203.

249) Vgl. meine Blutrache S. 13 f.

250) Knox p. 185. Vgl. auch Davy p. 182.

250a) Davy p. 181. Analogie im chines. Strafrecht S. 42.

des heissen Oeles und das Ordal des Eides im Tempel. Beide Ordalien waren zweiseitig. Bei dem ersten tauchten die Parteien zwei Finger in heisses Oel und in heissen Kuhdünger. Ihre Finger wurden verbunden und den andern Tag geprüft.[251]) Wurden beide Theile bei der Ordalprobe verletzt, so wurde der Klaganspruch getheilt. Bei dem anderen Ordal schwuren die Parteien im Tempel unter Verwünschungen; der erste, dem in seiner Familie ein Unfall begegnete, galt als der Besiegte.[252]) Es kam auch vor, dass man bei den Augen der Kinder, der Mutter, oder auch bei den eigenen Augen schwor.[253])

Auch von der Divination finden sich Spuren: man verzauberte eine Kokosnuss und diese führte auf den Thäter.[254])

Anhang.

Eine Sonderstellung nehmen endlich die *Mukwas* ein, im Distrikt Putlam; sie stammen wahrscheinlich von der Malabarischen Küste und haben noch bedeutende Spuren der dortigen Familienverhältnisse beibehalten: die Kinder (Söhne und Töchter) sukzediren, aber nur bezüglich des Akquästvermögens; das Stammvermögen (*Madusun*) dagegen erbt nach Mutterrecht: auf den Sohn der Schwester, eventuell auf den Sohn der Mutterschwestertochter, und so fort; erst subsidiär kommen die Kinder.[255])

V.

Rückblick auf das tamulische und kandische Recht.

Das kandische Recht ist offenbar indisches Recht in buddhistischer Färbung; die Erbordnung mit dem Vorzug des Sohnes und dem Ausschluss der Tochter, das Leibzuchtrecht der Wittwe, die Ehe in der Binaform, das Stridhanavermögen der Ehefrau, die Vermögensgemeinschaft unter Brüdern — alles dieses entspricht dem indischen Rechte; und die Polyan-

---

[251]) Knox p. 209; Philalethes p. 241 f.; Davy p. 183.

[252]) Sirr II p. 232 f. Vgl. auch Knox p. 207 f. Vgl. oben S. 230.

[253]) Philalethes p. 243.

[254]) Philalethes p. 243.

[255]) Pridham I p. 469.

drie greift ja hinein in die indische Sagenzeit: die Ehe der Draupadi mit den fünf Pandavaprinzen[256]) ist das Urbild der ceylonesischen Brüderehe. Dass auch speziell buddhistische Züge hineinspielen, ergiebt sich bereits aus dem Obigen.[257]) Dagegen erinnert das tamulische Recht mit seiner Gütergemeinschaft und seiner *communio bonorum prorogata* mehr an das Recht der Birmanen und der Chins[258]) — doch sind diese Institute so viel verbreitet, dass sich auf eine gemeinsame Rechtsabstammung nicht schliessen lässt.

VI.
Römisches Recht auf Ceylon.

Abgesehen von diesen einheimischen Rechten, gilt auf Ceylon das holländisch-römische Recht; es gilt also für alle Personen, welche nicht kraft Abstammung oder kraft Domizils einem der einheimischen Rechte oder dem Islam unterstehen.

Wie am Kap,[259]) so ist auch hier das holländisch-römische Recht theils durch die Gesetzgebung, theils durch die Jurisprudenz modifizirt; eine Reihe von Gesetzen beschäftigen sich mit dem Civilrecht, so ein Gesetz von 1861 über die Aktiengesellschaften;[260]) ein Gesetz von 1834 über die Verjährung;[261]) ein Gesetz von 1844 über die Abschaffung der *legitima*[262]) u. a. Die Einwirkung der englischen Jurisprudenz lässt sich insbesondere im Handelsrecht verspüren, aber auch sonst in vielen Punkten; so namentlich in der Lehre von der *consideration* — in Folge welcher ein Schenkungsversprechen, wenn nicht schriftlich gemacht oder durch die Erfüllung perfizirt, lediglich in *foro conscientiæ* bindend ist.[263])

---

[256]) Krit. Vierteljahresschrift N. F. IV S. 11.

[257]) Die buddhistische Gleichstellung von Söhnen und Töchtern (Z. f. vgl. R. VI S. 178 f.) ist nicht durchgedrungen.

[258]) Z. f. vgl. R. VI S. 170 f. 175 f. 192 f.

[259]) Vgl. darüber Z. f. vgl. R. VIII S. 222 f.

[260]) Thomson II p. 125 f.

[261]) *Ib.* II p. 178 f.

[262]) *Ib.* II p. 208.

[263]) *Ib.* II p. 329. 339.

Besonders abweichend vom englischen Recht ist das eheliche Güterrecht mit seiner holländischen Vermögensgemeinschaft,[264]) das Pfandrecht mit seiner Hypothek, mit seinen Legalhypotheken, seinen Mobiliar- und Generalhypotheken (jedoch unter Schonung des gutgläubigen Erwerbers der verpfändeten Sache),[265]) das Erbrecht mit seiner *Trebellianica* u. a.

Eine Darstellung dieses Rechts unter Erwähnung von Urtheilen einheimischer Gerichte bietet das ofterwähnte Werk von Thomson II p. 1—525, auf welches bezüglich des Einzelnen verwiesen wird. Ein künftiger Geschichtschreiber des römischen Rechts wird nicht umhin können, dasselbe auch in dieser Phase seine Entwickelung zu berücksichtigen; und wenn das römische Recht in Deutschland seine formale Geltung verloren haben wird, so wird es sich, allerdings in der holländisch umgewandelten Gestalt, sicher noch lange am Kap erhalten und auf Ceylon.

---

[264]) *Ib.* II p. 86.
[265]) *Ib.* II p. 291.

Register.

I. Islamitisches Recht.

II. Berbern.

III. Chinesisches Recht.

Japaner.

Annamiten.

IV. Recht auf Ceylon.

Corrigendum.

S. 237 Z. 2 von unten ist statt Pfandbürgschaft zu lesen **Pfandlingschaft.**

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W

Carl Heymanns Verlag, Berlin W.
Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

Zur Dogmengeschichte und Dogmatik

der

Freigebung fremder Sachen

im

Zwangsvollstreckungsverfahren.

Von

Dr. E. von Schrutka-Rechtenstamm,
ord. Prof. des Rechts an der Universität Wien.

Dogmengeschichtlicher Theil.

Preis M. 4.

Das Wesen

des

befristeten Rechtsgeschäfts.

Eine
durch die juristische Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin
gekrönte Preisschrift
von

Dr. jur. P. Siméon.

Preis M. 3.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

